

بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقا
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية
والمهاوى لدى محكمة النقض

جمع وتنسيق

هدى النخبر

المحامية ودبلوم الدراسة العليا في القانون الخاص وفي القانون الجنائي

١٩٨٧



بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني

تأليف

الدكتور سليمان مرقس

استاذ ورئيس قسم القانون المدني
بكلية الحقوق جامعة القاهرة سابقا
ورئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والفرعية
بمعهد البحوث والدراسات العربية
والمجلس ادى محكمة النقض

جميع وتنسيق

فدى الغدير

المحامية ودبلوم الدراسة العليا في القانون الخاص وفي القانون الجنائي

تقديم

كان السبب في اختياري نظرية دفع المسؤولية المدنية موضوعاً لرسالة الدكتوراه منذ نيف وخمسين عاماً ما لسته قبل ذلك بست سنوات من خلاف ظاهر بين أحكام محكمة النقض الفرنسية حينذاك في شأن اعتبار فعل الغير في ذاته سبباً أجنبياً تدفع به مسؤولية المدعى عليه أو عدم اعتباره كذلك إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي وهي كون الفعل غير متوقع ولا ممكن توقعه أو تفاديه أو درء نتائجه .

وقد أغرائني هذا الخلاف بين أحكام المحكمة العليا الفرنسية على أن أعكف على تجميع تلك الأحكام المتعارضة وتحليلها والتغلغل في ثنايا أسبابها ووقائعها ، وتمكنت بذلك من كشف مكنونها ، وتوصلت إلى العامل المشترك بين أحكام كل فريق من الفريقين المتعارضين ، واستطعت ردها جميعاً إلى أصل عام هو الذي يشكل نظرية السبب الأجنبي الذي تدفع به المسؤولية المدنية ، بما فيها تعريف السبب الأجنبي وما يشترك فيه وما يشمل ، أعني القوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ المصاب أو فعله غير الخطأ وخطأ الغير أو فعله غير الخطأ .

وكانت نتيجة هذه التجربة مشجعة لى على متابعة أحكام محاكمنا المصرية بالبحث والتحليل ، والوقوف عندما يبدو منها متعارضا ، لاستكناه أسباب الاختلاف بينها ، ومحاولة جلائها في ضوء الأصول القانونية العامة ، سواء للتوفيق بينها بعد الكشف عن خصوصيات الوقائع التي اقتضت هذا التباين الظاهر في الأحكام ، أو لبيان وجه الصواب في شأنها .

ومنذ ذلك الحين دأبت على العناية بمطالعة أحكام المحاكم ، وبخاصة الصادرة منها في شأن المسؤولية المدنية ، وامعان النظر في وقائع كل منها لأستبين ما أثر منها في توجيهه الوجهة التي انتهى إليها ، سواء أفصح الحكم ذاته عن ذلك أو لم يفصح ، ودونت الكثير من ملاحظاتي في تعليقات على الأحكام نشر بعضها في أواخر الثلاثينيات وأكثرها في الأربعينيات في مجلة القانون والاقتصاد ، والبعض الآخر في الخمسينيات في مجلة التشريع والقضاء التي كانت تصدرها دار النشر للجامعات المصرية .

وقد عنت في هذه التعليقات ببعض نقاط الخلاف أو القصور التي بدت في أحكام المحاكم ، وبخاصة تلك التي اختلف في شأنها الشراح ، سواء في فرنسا أو في مصر ، أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مسألة جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية أو عدم جوازها ، وطبيعة مسئولية ناقل الركاب وهل تعتبر عقدية أم تقصيرية ، ومدى صحة القول بالتزام هذا الناقل بموجب عقد النقل ذاته بضمان سلامة الراكب ، ومسألة وحدة الخطأ المدني والخطأ الجنائي أو ازدواجهما ، ومسألة تكييف الفعل الضار وتعيين السبب في دعوى المسؤولية المدنية وسلطة المحكمة في ذلك ، وضبط معيار الخطأ ونقد التعويل فيه على التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية والاستعاضة عنها بالتفرقة بين الظروف الظاهرة التي توحى الى الغير أن الفاعل سيبسلك مسلكا معينسا والظروف غير الظاهرة التي لا يمكن أن توحى بشئ من ذلك ، وتكييف ضرر الموت بأنه ضرر مادي ينشأ الحق في تعويضه في ذمة المجنى عليه من وقت إصابته المفضية الى الموت وينتقل منه الى ورثته دون قيد أو شرط ، أو بأنه ضرر أدبي لا ينتقل الحق في تعويضه الى الورثة مادام المجنى عليه لم يطالب به قبل وفاته ،

ومدى مسئولية السيد أو المتبوع عن فعل خادمه أو تابعه ، وهل تقتصر على ما يقع من الخادم أو التابع في أداء وظيفته بالذات ، أم تشمل ما ارتكبه منه حتى في مجاوزة أعمال وظيفته ، ولو كان ارتكابه إياه لباعث شخصي محض كدافع الانتقام من عدو له •

وفي غير المسئولية المدنية استلقت نظري ما جرت عليه أحكام المحاكم عندنا وأغلبية الشراح من اعتبار الوارث - الذي يطعن في تصرفات مورثه المدونة في محررات عرفية بأنها صدرت منه في مرض الموت - أنه من الغير بالنسبة الى ثبوت تاريخ هذه المحررات ، فعلمت تعليقا مطولا على هذا الرأي مبينا مخالفته للأصول القانونية ، فضلا عن مساوئ نتائج العملية • وكذلك هالني الخلاف بين الشراح ، سواء في فرنسا أو في مصر ، بشأن تبعية هلاك محل العقد ، وتعدد الآراء في هذا الشأن بقدر عدد الشراح ، خصوصا في ظل التقنين المدني المختلط والتقنين المدني الأهلي الملتزمين حيث أجمع الشراح على تعارض نصوصهما وتناقضهما ، فتناولت هذه المسألة في دراسة مستفيضة مقارنة خلصت منها - بالاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية - الى رأى يوفق بين جميع النصوص التي رميت بالتعارض والتناقض ، ويتسق مع الأصول القانونية المسلمة •

وقد أثمرت بعض هذه البحوث والتعليقات نتائج طيبة ظهرت أحيانا في تحول الشراح نحو الوجهة الصحيحة التي أشرت إليها (كما في موضوع اعتبار الوارث الذي يطعن في المحررات الصادرة من مورثه بأنها صادرة منه في مرض الموت ليس غيضا بالنسبة الى ثبوت تاريخ هذه المحررات أى باعتبار تاريخها العرفي حجة عليه

الى أن يثبت هو عدم صحته (وأحيانا في أخذ قضائنا
 العالى بما أشرت به) كما يبين في حكم لمحكمة الادارية العليا
 أخذ بالتفرقة بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة
 التى قلت باستبدالها بالتفرقة بين الظروف الخارجية
 والظروف الداخلية ، كذلك في أحكام محكمة النقض التى
 أخذت باعتبار أن تكيف الفعل الضار ووصف المسؤولية
 بأنها عقدية أو تقصيرية مسألة قانونية تقضى فيها المحكمة
 وفقا للقانون وبصرف النظر عن التكيف أو الوصف الذى
 يسبغه عليها المدعى وما يترتب على ذلك من سلطة المحكمة
 في تغيير وصف دعوى المسؤولية من تلقاء نفسها ومن اجازة
 هذا التغيير للمدعى لأول مرة في الاستئناف) •

وما زال يحدونى الأمل سأن ما لم يثمر منها حتى الآن
 سوف يثمر اذا أتيحت له فرصة انتشاله من النسيان باعادة
 نشره في مجموعة واحدة ميسرة وتسليط الأضواء عليه •
 اذ أن هذه البحوث والتعليقات قد نشرت منذ عشرات
 السنين موزعة بين مجلات عديدة مختلفة يصدر بعضها في
 مصر والبعض الآخر في بلاد عربية أخرى كثيرة وبعضها
 باللغة الفرنسية دون العربية ، مما جعل الوصول اليها
 والاطلاع عليها عسيرا • لذلك رأيت أن أجمعها في مجلد
 واحد بعد التنسيق بينها بحيث تجيء التعليقات المتصلة
 بكل موضوع على حدة جنبا الى جنب حتى يبين ما بينها
 من ارتباط وتكامل ، ولو ظهر فيها بسبب هذا التقريب
 بعض التكرار أحيانا ، وهو تكرار لم يظهر فيها عند نشرها
 متفرقة ، وانما جاء نتيجة لجمعها في مجموعة واحدة وتقريب
 نقاط الموضوع الواحد بعضها من بعض مع المحافظة على
 الأصل السابق نشره دون مساس به أو تعديل فيه ، ذلك
 أنى أردت الاحتفاظ لكل من هذه البحوث والتعليقات
 باستقلاله واعادة نشره بالصورة التى نشر بها أصلا في

أطار الزمن الذى كتب فيه وفى ظل النصوص التى كانت سارية حينئذ وفى ضوء الوقائع التى فصل فيها الحكم والتى كان عليه أن يحقق العدالة فى شأنها ، بحيث يتاح للقارئ أن يتمثل مسرح الحوادث كاملا ، تمكينا له من الاحاطة بكل ما دار فى ذهن المحكمة وقتذاك ، مما وجهها الى القضاء الذى انتهت اليه .

والى جانب هذه البحوث والتعليقات ، كانت لى خبرة طويلة فى تنقيح القانون المدنى ، حيث اشتركت فى جميع أعمال هذا التنقيح برئاسة أستاذى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى وأسهمت فى جمع نصوص التشريعات المقارنة ، وفى صياغة بعض نصوص المشروع التمهيدي وفى مناقشة المشروع كله أكثر من مرة وفى ترجمة المشروع النهائى من الفرنسية الى العربية وفى تتبعه فى جميع المراحل التشريعية التى مر بها فى مجلسى النواب والشيوخ ثم فى ترجمته الى الفرنسية بعد اصداره ، وأخيرا فى جمع أعماله التحضيرية فى سبعة مجلدات نشرتها وزارة العدل ، فكتبته - بالاشتراك مع الأستاذ الدكتور وديع فرج - تقريرا عنه وعن مصادره وميزاته ووظائفه فى توحيد قوانين بلاد الشرق الأدنى قدم فى ندوة دولية للعلوم الاجتماعية عقدت فى أثينا سنة ١٩٥٢ ونشر فى مجلة القانون والاقتصاد .

وكننت من قبل قد قارنت بين بعض نظم الشريعة الاسلامية وما يقابلها فى الشرائع العربية وأبرزت فضل الأولى على الثانية ، ونشرت بحثا فى ذلك باللغة الفرنسية فى مجلة مصر القضائية سنة ١٩٣٧ ، ثم بمناسبة الوحدة مع سوريا والشروع فى توحيد التقنينين المدنين المصرى والسورى أبديت بعض ملاحظات على هذين التقنينين وبعض الاقتراحات بتعديلهما نشرت فى أيضا فى مجلة

القانون والاقتصاد ، كما كتبت بتكليف من مجلس جامعة الدول العربية تقريراً تضمن تصوّري لكيفية وضع مشروع قانون مدنى موحد للدول أعضاء الجامعة ، ضمنته خلاصة أفكارى وخبرتى السابقة فى هذا المجال . وقد نشر هذا التقرير فى مجلة القضاء والتشريع (بتونس) وأعيد نشره فى مجلة القضاء (ببغداد) .

وكثيراً ما طلبت منى نسخ من هذه البحوث والتقارير والتعليقات فكان يسرنى أن ألبى طلبها حتى نفد ما كان عندى منها ، فصرّت مضطراً للاعتذار مع الأسف الشديد . وكان اشتغالى بالانتاج الجديد لا يدع لى وقتاً لجمع شتات القديم المبعثر فى بطون العديد من المجالات العلمية التى صدرت سواء فى مصر أو غيرها من البلاد الشقيقة خلال نصف قرن كامل .

وأخيراً عقدت العزم على جمع الأهم من هذه البحوث والتقارير والتعليقات فى هذه المجموعة التى يسرنى أن أقدمها اليوم مزودة بإشارات الى ما جد فى موضوعاتها بعد تواريخ نشرها الأول .

وقد عاوننى فى جمع القديم منها الأستاذ فؤاد أمين المحامى ، كما عاونتنى الأستاذة هدى النميز المحامية فى تجميع باقى البحوث والتعليقات وفى تنسيقها وترتيبها بحيث يستطيع القارئ أن يتتبع فى يسر نقاط الموضوع الواحد التى نشرت فى الأصل على فترات متباعدة وفى مراجع متفرقة ، فاليهما أتقدم بموفور الشكر على اسهامهما الذى كان لى خير عون فى هذه المهمة وأدعو لهما بالتوفيق فى سائر أعمالهما .

وأختم هذا التقديم باهداء هذه المجموعة بوجه خاص الى طلاب الدراسات العليا ورجال القانون المشغوفين بالبحث العلمى لعلهم يجدون فيها ما يشفى غليلهم .
والله ولى التوفيق .

مصر الجديدة فى ١٥ يوليه ١٩٨٧ سليمان مرقس

لقسم الأول
بحوث وتعليقات على الأحكام
في المسؤولية المدنية

الفرع الأول

في المسؤولية المدنية المبنية على خطأ ثابت

(١) البحوث

(١) في ضبط معيار الخطأ أساس المسؤولية المدنية (*)

تنص المادة ١٦٤ من التقنين المدني السوري على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، وهي مطابقة في ذلك لما تنص عليه المادة ١٦٣ من التقنين المدني المصري ، وهما تقابلان نص المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي وتمتازان عليه بأنهما تبرزان أكثر منه دور الخطأ باعتباره أساساً للمسؤولية المدنية. وللاهتمام بالتعويض الذي يترتب على الفعل الضار .

دقد تضمنت المادتان ١٢٢ و ١٢٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني مثل هذا المعنى في عبارات أقل تركيزاً ، ولكنهما لا تدعان مجالاً للجدل في أنهما تعتبران الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية ، بل انهما غنيتا بوجه خاص بأن تبينا أن الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية يستوى فيه أن يكون فعلاً إيجابياً أو مجرد إهمال أو عدم تبصر .

تعريف الخطأ

ويلاحظ أن هذه التقنينات الأربعة قد اتفقت في اعتبارها الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية وما يترتب عليها من التزام بالتعويض ، وفي

(*) محاضرة أقيمت في مساء يوم الاثنين ١٢ مايو ١٩٧٠ بقاعة دار الكتب بدمشق. طلب في افتتاح موسم المحاضرات الذي نظمته لسنه ١٩٧٠ نقابة المحامين بالاشتراك مع مجلس كلية الحقوق بطلب . وقد أضيفت إليها فقرات جديدة كاملة مع الإشارة إلى مراجع البحث في مواضعها من المحاضرة .

اغفالها تعريف الخطأ تعريفا يعين كنهه أو يبين طريقة ضبطه ، أو يحدد عناصره .

وقد حاول الشراح منذ صدور تقنين نابوليون تعريف الخطأ ، وكانت تعاريفهم اياه كثيرا ما تتباين وفقا لنزعاتهم الشخصية وحسب ظروف المجتمع الذى يعيشون فيه من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية ومتطلبات هذا التطور ، فبينما ذهب الاوائل فى ذلك مذهبا يضيق من دائرة الخطأ ويحد بالتالى من قيام المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض ، سلك المحدثون طريق التوسع فى تعريف الخطأ توصلا لتسهيل قيام المسؤولية ولتيسير حصول المضررين على تعويض ما أصابهم من ضرر ، حتى بلغ الأمر منذ أواخر القرن الماضى بفريق من الفقهاء لا يستهان به الى حد المناداة بالاستغناء عن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية واستبدال فكرة تحمل التبعة به كقاعدة عامة ، ولئن صادفت دعوة هذا الفريق الأخير أول الأمر بعض النجاح فى الفقه خاصة ، فإنها لم تلبث أن فقدت معظم أنصارها بعد أن تبين اقتدارها من جهة الى السند القانونى ومن جهة أخرى الى العناصر اللازمة لصلاحيتها للتطبيق كقاعدة عامة .

وليس هنا مجال تحليل هذه الدعوة وبيان مواضع النقص فيها ، وإنما نشير اليها فقط باعتبارها أثرا من آثار تطور ظروف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية على كيفية فهم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية حيث لم تظهر هذه الدعوة الا نتيجة لظهور الصناعات الكبرى فى العصر الحديث وانتشار استعمال الآلات الضخمة الشديدة التعقيد والكثيرة الخطر وتضاعف عدد الحوادث الضارة بفعل هذه الآلات عدة أضعاف ، مما أدى الى كثرة عدد ضحايا هذه الحوادث وصعوبة اثباتهم خطأ من يتسببون فى وقوعها وضياع حقهم فى التعويض اذا ما عجزوا عن النهوض بهذا العبء الثقيل — عبء اثبات الخطأ — الأمر الذى دعا الى محاولة مساعدة هؤلاء المصابين عن طريق مهاجمة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية .

ويعد أن تبين عدم صلاحية هذه النظرية للأخذ بها كقاعدة عامة تقوم على أساسها المسؤولية المدنية بدلا من قياسها على أساس الخطأ ، قنع بعض أنصارها بترشيحها كأساس احتياطي أو ثانوي للمسؤولية المدنية في الحالات التي لا يتوافر فيها أساس الخطأ والتي تقتضى فيها العدالة تعويض المضرور ، كحوادث العمل وحوادث الطيران وغيرها ، وسلم بعضهم بأن ذلك لا يمكن أن يكون إلا بموجب قوانين خاصة ، وصدرت بالفعل تشريعات تطبق ذلك . لكن هذا لم يمس بالقاعدة العامة القاضية بقيام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ وحده ، وبالتالي لم يقلل من الحاجة الى تعريف الخطأ وضبطه .

وأذا استعرضنا تعاريف الخطأ لدى شراح القانون الفرنسى الأوائل طوال القرن الماضى أمكن أن نردها جميعا الى تعريفين رئيسيين : أولهما أن الخطأ مساس بحق للغير دون حق ، والثاني انه اخلال بواجب قانونى .

ويلاحظ أن جميع هؤلاء الشراح قد عرضوا لهذه التعاريف فى ضمن تعريفهم كل من الجريمة وشبه الجريمة بعد أن فرقوا بينهما على أساس أن الاولى يكون فيها الخطأ عمدا أى مرتكبا بقصد الإضرار بالغير وأن الثانية لا يكون الأمر فيها كذلك بل يكفى فيها أن يكون الفاعل قد توقع النتائج الضارة لفعله .

ويخلص من ذلك أنهم يرون فى الخطأ عنصرين :

١ - عنصر مادى هو المساس بحق الغير دون حق ، أو الإخلال بواجب قانونى .

٢ - وعنصر نفسى هو قصد الإضرار بالغير أو على الأقل توقع النتائج الضارة لذلك الفعل المكون للعنصر المادى .

غير أن الأسباب التى سبق أن أشرنا الى أنها دعت فى أواخر القرن

الماضي الى محاولات التوسع في المسؤولية المدنية من طريق المناداة باحلال نظرية تحمل التبعة محل الخطأ كأساس لها حملت هي نفسها غريباً من الشراح الذين رفضوا الأخذ بذلك على أن يوسعوا من دائرة الخطأ ويسهلوا قيامه وييسروا اثباته .

وقد سلكوا لهذا الغرض أحد سبيلين أو كليهما معاً ، وهما أولاً الحد من العنصر النفسى بقدر الامكان أو الاستغناء عنه ، وثانياً توسيع العنصر المادى بحيث تتسع دائرة الخطأ لاستيعاب جميع أنواع الحوادث التى ترى العدالة ضرورة التعويض فيها .

وسنعرض فى ايجاز المراحل التى قطعوها فى الطريق الأول ، ثم ننتقل الى الطريق الثانى لنقف فيه عند نقطتين رئيسيتين :

(١) بيان الواجبات القانونية التى يعمد الاخلال بها خطأ وتعيين مصادرها .

(٢) تعيين مدى هذه الواجبات القانونية .

هذه هى المسائل الثلاث التى نتناولها تباعاً فى هذه المحاضرة .

الطريق الاول — طريق الحد من العنصر النفسى للخطأ :

المقصود أصلاً بالعنصر النفسى للخطأ هو أن يكون مرتكب الفعل المضار قد قصد لإضرار بالغير أو على الأقل أن يكون قد توقع أن اتيانه عملاً معيناً يمكن أن يترتب عليه ضرر للغير ولم يثنه توقعه ذلك عن اتيان هذا الفعل أو لم يحمله على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادى الضرر (١) .

(١) راجع فى النظريات المختلفة فى ذلك نيساجو فى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٢٨ وما بعدها ، رودير فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٢ =

غير أنه نظرا لصعوبة تقصى هذا العنصر النفسى بالمعيار الذاتى وتعدر اثبات توافره ، ذهبت كثرة الشراح الى الاكتفاء فى شأنه بالتقدير الموضوعى المجرد in abstracto ، ومؤيداه صرف النظر عن كون الفاعل قد تمثل فعلا وقوع الضرر باعتباره نتيجة محتملة لفعله والاكتفاء بأن يكون فى وضع الرجل العادى تمثله فى مثل الظروف التى وقع فيها ذلك الفعل .

وقد أدى هذا النظر الى نقص أهمية العنصر النفسى للخطأ ، حيث انتهى به الى أن يصبح بمثابة اشتراط التمييز والحرية فحسب (٢) ، وإلى افتراض توافرها فى كل شخص وبالتالى افتراض قدرة كل شخص على تمثيل النتائج للضارة لأفعاله بما لم يثبت هو أنه كان وقت ارتكاب الفعل الضار منعدم التمييز أو ناقده الحرية .

وبذلك أصبحت أهمية هذا العنصر تنحصر فى أنه يتيح للمدعى عليه بالمسؤولية أن يتمسك بدفع يدفع به مسؤوليته من طريق إثبات أنه كان ناقده التمييز أو الحرية وقت ارتكاب الفعل الضار ، وبعبارة أخرى فإن هذا النظر يؤدي الى مساءلة مرتكب الفعل الضار ولو لم يثبت أنه قصد الإضرار بالغير أو أنه توقع إمكان نجوم الضرر للغير من فعله ، بل حتى دون حاجة الى اثبات توافر التمييز والحرية لديه وقت ارتكاب الفعل الضار إذ يفترض توافرها فيه الى أن يثبت هو عكس ذلك .

وبعد أن تضاعلت بهذا النظر أهمية العنصر النفسى للخطأ الى هذا الحد ، ذهب فريق من الشراح الى القول بأنه مادام مسلما بتقدير العنصر النفسى المشار إليه تقديرا موضوعيا ، فإن ذلك ينأى بالمسؤولية عن أن تكون شخصية subjective ويجعلها أقرب الى أن تكون

ص ٢٤ نبذة ١٣٩١ وما بعدها ، ليجال Legal رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ فى الإهمال وعدم التبصر باعتبارهما مصدرا للمسؤولية المدنية ص ٥٤ وما بعدها .
(٢) سلفاتيه ج ١ ط ١ (١٩٥١ نبذة ٤) ونبذة (١٦) وما بعدها .

مسئولية مادية ، لا يخل للتمسك بهذه بالعنصر النفسى للخطأ ، ورتبوا على ذلك إمكان تحقق مسؤولية عذيمة التمييز بمجرد توافر العنصر المادى للخطأ فقط ، عنصر عدم المشروعية أو الإخلال بالواجب القانونى .

غير أن القضاء الفرنسى ، يؤيده كثير من الشراح ، لا يزال متمسكا من حيث المبدأ على الأقل ، بضرورة توافر الشرط النفسى للخطأ أو على الأقل شرط التمييز ، نقول من حيث المبدأ على الأقل لأن المحاكم الفرنسية بعيد أن قررت مرارا عدم مسؤولية عديم التمييز ، اجتهدت فى غالب الأحوال أن تضيق من حالات عدم المسؤولية أو أن تخفف من آثارها بوسائل شتى ، حتى أصبح يجوز القول أن القضاء الفرنسى لم يمد يتطلب العنصر النفسى للخطأ أو يقضى بانتفاء المسؤولية بسبب عدم توافر هذا العنصر الا فى أحوال شاذة جدا .

وقد رأى الشرع المصرى أن اشتراط العنصر النفسى للخطأ نتيجة لازمة لاشتراط عنصره المادى ، عنصر الإخلال بواجب قانونى ، إذ أن هذا الواجب إنما يفترض وجود قاعدة قانونية توجبه ، وهذه القاعدة خطاب موجه الى الناس ، فهي تفترض تخمين توجه اليهم التمييز ، بل هي فى الأصل لا تعتبر موجهة الا الى من يتوافر لديهم التمييز ، فيما عدا الحالات الاستثنائية التى يفرض فيها القانون واجبا لا يتطلب من المكلف به تميزا أو أدراكا ويمكن اقتضاؤه منه دون حاجة فى ذلك الى أى عمل ارادى من جانبه كما هو شأن الالتزام بالضرائب وشأن التزام المتبوع عديم التمييز بضمان أفعال تابعه ... الخ .

ولذلك نص التقنين الدنى المصرى القائم فى المادة ١٦٤ منه على ضرورة توافر التمييز فى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن إلزامه بتعويض ما سببه من ضرر للغير ، وكذلك فعل التقنين السورى فى المادة ١٦٥ منه والتقنين الليبى فى المادة ١٦٧ والتقنين اللبنانى فى المادة ٢/١٢٢ والتقنينان التونسى والراكسى فى المادة ٩٦/١٠٥ منهما (ولم يشذ عن ذلك سوى التقنين العراقى فى المادة ١٩١ منه) .

الطريق الثانى - طريق التوسع فى العنصر المادى للخطأ :

قلنا ان بعض شراح القانون الفرنسى الأوائل اعتبروا أن العنصر المادى للخطأ يتكون من مساس بحق للغير دون حق .

ونلاحظ بادىء الأمر على هذا التعريف الأول أن المساس بحق للغير لا يكون بذاته العنصر المادى للخطأ ، وانما هو يكون ركن الضرر ، وان ما يمت للخطأ فى هذا التعريف هو كون المساس بحق للغير جامعا دون حق ، اذ أن المرء ملزم بعدم مجاوزة حقوقه ، أى أنه يجب عليه أن يقف فى نشاطه حيث ينتهى حقه ويبدأ حق غيره . فإذا جاوز هذا الحد كان ذلك اخلالا منه بواجبه . ومن هنا يمكن القول بأن تعريف العنصر المادى للخطأ بأنه المساس بحق للغير دون حق لا يبعد كثيرا عن تعريفه بأنه الاخلاص بواجب قانونى .

وسنرى بعد قليل أن هذه الفكرة لها خصوصية خاصة حيث انها تساعد على كشف العدد الكبير من الواجبات القانونية التى يعد الاخلاص بها خطأ .

لذلك ساد فى الفقه الحديث فى أواخر القرن الماضى التعريف الآخر للعنصر المادى للخطأ وهو أنه اخلاص بواجب قانونى سابق . وهذا التعريف هو الذى انطلقت منه جميع محاولات التوسع فى العنصر المادى للخطأ .

فقد لوحظ أنه اذا كان القانون كثيرا ما يفرض بنصوص ضمنية واجبات معينة يعد الاخلاص بها خطأ يوجب المسؤولية والتعويض دون جدال ، فان قصر دائرة الخطأ على الاخلاص بتلك الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى الى تضيق نطاق العنصر المادى للخطأ تضيقا شديدا يجعل قواعد المسؤولية المدنية تقصر عن تحقيق العدالة وما تقتضيه من تعويض فى كثير من الحالات الأخرى .

(أولا) التوسع من طريق اقرار واجبات قانونية بغير نصوص :

لذلك سرعان ما سلم بوجود عدم قصر الخطأ على الواجبات القانونية المنصوص عليها ضراحة وبضرورة الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير منصوص عليها ويعد الاخلال بها خطأ يستتبع المسؤولية والتعويض .

وقد ظهرت في هذا السبيل عدة محاولات :

(١) محاولة بلانيول الاستناد الى مبادئ القانون العامة :

وكان أول من حاول تحديد هذه الواجبات العلامة الفرنسي الكبير بلانيول فهو يعد أن عرف الخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني سابق قال ان المقصود بذلك ليس الاخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فخصبت ، بل أيضا الاخلال بأى التزام من الالتزامات العامة التى تقع على عاتق كل شخص والتى لا يحتاج تقريزها الى نصوص خاصة بل يستتبع من المبادئ العامة للقانون (٣) . وقد حاول بلانيول أن يرد هذه الالتزامات العامة الى أربعة ، هي : (١) الامتناع عن استعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص ، (٢) والامتناع عن الغش ، (٣) والامتناع عن كل فعل يقتضى قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بالدرجة اللازمة ، (٤) ورقابة الشخص الأشياء الخطيرة التى يحوزها أو الأشخاص الذين يكونون في حراسته رقابة كاملة .

(٣) وهذه الفكرة مستمدة هي ذاتها من دوما في كتابه عن القوانين المدنية les lois civiles حيث يقول :

C'est une suite naturelle de toutes les espèces d'engagements particuliers et de l'engagement général de ne faire tort à personne que ceux qui causent quelque dommage soit pour avoir contrevenu à quelque engagement ou pour y avoir manqué sont obligés de réparer le tort qu'ils ont fait.

(Domat, les lois civiles, IIV, III, tit. V.)

مشار اليه في مازو ج ١ نبذة ٣٦ هامش ٩ .

وظاهر أن هذه الالتزامات الأربعة التي قرر بلانيول وجودها تمهيدا لاعتبار من يخل بأيها مرتكباً خطأ يستوجب المسؤولية هي التزامات عامة بعيدة كل البعد عن التحديد الضروري للقواعد القانونية وما يتفرع عليهما من التزامات (٤) . ولذلك أثارت محاولة بلانيول في الفقه نقداً شديداً ونعت تعريفه الخطأ بأنه خاطيء وغير مجد *définition fausse et inutile* (٥) . وكان في مقدمة ما وجه الى هذا التعريف من نقد أنه لا يقدمنا كثيراً في تمييز الفعل الخطأ من غيره لأن القول بأن الخطأ اخلال بواجب قانوني سابق يقتضى تعيين جميع واجبات الشخص حتى يبين ما اذا كان الفعل الضار المنسوب اليه ينطوى على اخلال بأحد هذه الواجبات أم لا ، وليس في استطاعة أحد أن يضع بياناً شاملاً لتلك الواجبات لأنها انما تنشأ من ظروف الحياة المختلفة والمتنوعة تنوعاً لا نهائياً ، واذن يكون هذا التعريف عقيماً لأنه لا يحل مسألة الخطأ وانما ينقل صعوبتها من مرحلة الى أخرى دون تقريب حلها ، اذ هو يسمح للقاضي — بدلاً من أن يتساءل عما اذا كان الفعل الضار المنسوب الى المدعى عليه خطأ أم لا — أن يتساءل عما اذا كان ثمة واجب قانوني يفرض على المدعى عليه الامتناع عن مثل هذا الفعل الضار أم لا (٦) .

وظاهر أن تقرير وجود واجب قانوني أو عدمه مسألة لا تقل صعوبة عن نعت الفعل الضار بأنه خطأ أو غير خطأ ، وأن تعريف بلانيول لا يتضمن كيفية تعيين مجموعة الواجبات التي تقع على عاتق كل

(٤) انظر في هذا المعنى جوريه ، في الاثراء على حساب الغير ، باريس ١٩٤٩ نبذة ٢٧٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٢ .

(٥) انظر بوجه خاص بريت دي لاجريسيه في بحثه في نظرية المسؤولية في القانون الجنائي وفي القانون المدني منشور بالمجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء ، باريس ١٩٢٨ ص ١٩٣ وما بعدها ، جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٢ ، مازو نبذة ٣٩٢ . وانظر في مرض هذا النقد وتفنيده رسالة رابو . Rabut . في تعريف الخطأ في القانون الخاص باريس ١٩٤٩ ص ٢٥ وما بعدها .

(٦) انظر كولان وكابيتان ج ٢ الطبعة الثامنة ص ١٨٠ .

منا ، ولذلك فهو أن صلح في تعيين الخطأ الذي يكون اخلالا بواجب محدد بنص قانوني ، فانه لا يصلح غيما عدا ذلك من أحوال ولا يحقق ما رمى اليه منه بلانيول من توسيع لفكرة الخطأ بحيث تشمل غير الحالات التي توجد فيها واجبات مفروضة بنصوص قانونية (٧) .

ولا نزاع في أن لهذا النقد نصيبا من الصحة ، ولكنه نصيب مبالغ فيه الى حد كبير ، اذ هو يتجاهل فضل تعريف الخطأ بأنه اخلال بواجب سابق في توجيه البحث عن معيار الخطأ وجهة صحيحة . وكان السير في هذا الاتجاه كفيلا بالاهتداء الى الضابط الذي تعين به واجبات كل منا في كل ظرف من ظروف الحياة كما سيجيء فيما بعد .

يبقى مع ذلك أن بلانيول اذا كان قد أصاب في تقرير وجود واجبات قانونية عامة غير منصوص عليها تستمد من المبادئ العامة للقانون ، فانه لم يبين كيف ساغ له أن يستمد تلك الواجبات العامة الأربعة التي قررها من مبادئ القانون العامة ولا لماذا تقصر تلك المبادئ العامة عن انشاء غير هذه الواجبات العامة الأربعة . ولو أنه أعمل في ذلك منطق القانوني الذي اشتهر به لبان له أن تلك الواجبات ليست فقط واجبات قانونية مستمدة من مبادئ القانون العامة ، ولأمكنه بمواصلة البحث أن يبلغ الغاية .

ولكن لأنه لم يفعل ، بقيت فكرته ناقصة بل عقيمة ، وانصرف عنها الشراح بحثا عن غيرها ، فالتجأوا الى الاستعانة بقواعد الأخلاق .

(ب) محاولات ريبير وسافاتييه الاستعانة بقواعد الاخلاق :

(١) تعريف ريبير : اعتمد ريبير تعريف بلانيول للخطأ بأنه

(٧) في هذا المعنى بيدان وكابيتان في مجلة كليتي الحقوق والاداب بجرينيول ١٩٠٦ ص ١٢٨ (مشار اليه في رسالة رابو ص ٢٢) .

اخلال بواجب سابق ، ليس من الضروري أن يكون منصوحا عليه صراحة ، واستهدف مثله التوسع في الواجبات القانونية التي يعتبر الاخلال بها خطأ ، ولكنه لم يحاول مثله تعداد تلك الواجبات القانونية ، ولا استمدادها من مبادئ القانون العامة وحدها ، بل قرر أن الواجبات القانونية اما أن تكون ناشئة من القانون la loi أو من العقد ، واما أن تفرضها المبادئ العامة للأخلاق أو للقانون ، تلك المبادئ العامة التي يجب على القاضي أن يكفل احترامها . وذهب الى أن قواعد الأخلاق تجتذب اليها القواعد القانونية لمستفيد من الجزاء المقرر لها ، وأن القاعدة الخلقية التي تنهى عن الأضرار بالغير *Neminem laedere* من شأنها أن تجعل القانون يفرض على الناس أن يسلكوا منسلكا معيناً حتى لا يضرروا بالغير (٨)

une obligation générale de bien se conduire.

ويلاحظ على هذا الرأي أنه يجعل بعض الواجبات الأخلاقية في منزلة الواجبات القانونية التي يعد الاخلال بها خطأ مدنياً ، دون أن يبين كيفية ارتفاع الواجبات والقواعد الأخلاقية الى مرتبة الواجبات والقواعد القانونية ، ودون أن يضع معياراً للفرقة بين الواجبات الأخلاقية التي ترقى الى منزلة الواجبات القانونية وتلك التي لا ترقى الى هذه المنزلة . وإنما هو قد اقتصر على الإشارة الى واجب واحد من النوع الأول هو الواجب العام بمراعاة سلوك لا يضر بالغير ، مع أن هذا الواجب ان كان مسلماً بأنه واجب خلقى فإنه يعوزه الكثير مما يلزم لاعتباره واجباً

(٨) انظر ريبير ، في القامدة الخلقية نبذة ١١٢ ، وفي كتاب بلانويل وريبير وبولانجيه ج ٢ طبعة سنة ١٩٤٩ نبذة ٩١٣ و ٩١٤ ، وانظر أيضاً نبذة ٩١٥ حيث يقول :

«La faute est l'acte contraire à la loi. Mais comme il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation d'une disposition légale expresse pour qu'il y ait responsabilité, le mot «faute» désigne tout aussi bien l'acte contraire à la légalité que l'acte contraire à la moralité ou à l'habitude.»

قانونيا ، هذا هو أن صاحب هذا الرأي يترك الواجبات القانونية ذاتها عامة دون تحديد ودون معيار يساعد على تحديدها .

(٢) تعريف سافاتييه : أما سافاتييه فقد عرف الخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزمه (٩) ، ثم عرض لتمييز الواجب الذي يعد الاخلال به خطأ ، فقال ان هذا الواجب اما أن يكون مقررا قانونا . *devoir légal* ، واما أن يكون واجبا نائشا من عقد *devoir contractuel* ، واما أن يكون واجبا أدبيا محسنا *devoir moral déterminé* أي انه يأمر بفعل معين أو ينهى عن عمل محدد ، واما أن يكون هو الواجب العام الذي يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير (١٠) *devoir général de ne pas nuire à autrui*

ويلاحظ على هذا الرأي أنه لا يمكن أن يكون المقصود منه اعتبار جميع الواجبات الأدبية ، بما فيها واجبات الاسعاف والاحسان الى الغير ، واجبات يعد الاخلال بها خطأ مدنيا ، وانه هو أيضا كسابقه لا يضع معيارا تميز به الواجبات الأدبية التي ترقى الى هذا المستوى ، وإن الواجب العام الذي يقول به ، واجب عدم الاضرار بالغير ، فوق أنه يعوزه كثير من مقومات الواجب القانوني الذي يعد الاخلال به خطأ مدنيا ، فان اطلاقه يجاوز ما قصد به ، لأنه يؤدي الى أبعد مما تذهب اليه نظرية تحمل التبعة ، اذ يؤدي الى اعتبار كل من يحدث ضررا للغير مخرلا بهذا الواجب وبالتالي مخطئا ومسئولا أيا كانت الظروف والأحوال في حين أن أنصار نظرية تحمل التبعة سلموا بأنه من غير الممكن اطلاقها بحيث تؤدي الى المساءلة عن كل نشاط ضار ، فاجأوا في تقييدها الى فكرة الغرم بالغرم أو مزايا الاستغلال الاقتصادي أو الى فكرة النشاط الشاذ . ولا شك في أن سافاتييه لم يقصد بتعريفه الخطأ أن يشاطر

(٩) سافاتييه في المسئولية المدنية طبعة ١٩٥١ ج ١ نبذة ٤ .
(١٠) المرجع السابق نبذة ٦ . وقد أخذ بعض الشراح الآخرين بفكرة وجود واجب قانوني عام بعدم الاضرار بالغير ، كما سيجيء فيها بعد .

خصوم نظرية الخطأ رأبهم غيما وصلوا اليه من نتائج ومن باب أولى لم يقصد أن يذهب الى أبعد مما ذهبوا اليه .

صحيح أن سافاتييه يخول محدث الضرر بغيره أن يدفع مسئوليته بأن يثبت أنه كان في مركز يخوله حق الاضرار بالغير ، غير أن ذلك يقتضى تعيين الحالات التى يملك فيها الشخص حق الاضرار بالغير بحيث يستطيع أن يتمسك بهذا الحق لدفع مسئوليته عن الضرر الذى أحدثه بالغير ، وقد حاول سافاتييه تعيين الحقوق التى تخول صاحبها أن يضر بالغير في ممارسته اياها (١١) ، ولكن يلاحظ على تلك الحقوق التى عينها أنه لا يمكن النظر اليها باعتبارها حقوقا مطلقة تخول أصحابها في جميع الأحوال حق الاضرار بالغير أو حق خرق الواجب العام الذى يقضى بعدم الاضرار بالغير ، وانما هى في الواقع سلطات تخول صاحبها نشاطا يختلف مداه باختلاف الظروف والأحوال التى يباشر فيها وباختلاف حقوق الآخرين التى يصطدم بها . فكل حق منها انما يتعارض في الواقع مع الواجبات المفروضة على صاحبه ازاء حقوق الآخرين التى يصطدم بها في مباشرة حقه ، فيلزم في هذا التعارض بين الحق الشخصى والواجب الشخصى المقابل لحق معين من حقوق الغير تعيين الحد الذى ينتهى عنده ذلك الحق وتبدأ عنده هذا الواجب ، وهو واجب شخصى يفرض احترام حق معين وليس واجبا عاما يقضى بعدم الاضرار بالغير بصفة عامة ، وسنعود الى ذاك عند الكلام في المسألة الأخيرة مسألة تجديده مدى الواجبات القانونية .

(ج) فكرة وجود واجب قانونى عام بعدم الاضرار بالغير أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الاضرار بالغير — وجدت نواة فكرة الواجب القانونى العام بعدم الاضرار بالغير في كتابات دوما (١٢) ، ثم عزم ديملومب (١٣) وماركاديه وغيرهما من الشراح الأوائل في أشكال

(١١) المرجع السابق نبذة ٣٦ .

(١٢) انظر عبارته التى سبق ايرادها في الهامش ٢ .

(١٣) ديملومب ج ٣١ نبذة ٤٧٩ .

تتفاوت في وضوحها • ويبدو أن ريمير وسافاتييه قد انتهيا بتصعيد الواجب العام الأدبي بعدم الأضرار بالغير حتى جملا منه واجبا قانونيا • وقد أخذ بذلك أستاذنا الكبير الدكتور السنهوري (١٤) ، ثم عمده إلى تحويله تحويرا سنشيرا إليه (١٥) كما أخذ به الأستاذ آدمون نعيم (١٦) وكذلك المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري (١٧) • وتقرّب من ذلك أيضا نظرية النائب العام البلجيكي ليكلير (١٨) •

ولقد حاول القائلون بوجود هذا الواجب القانوني العام بعدم الأضرار بالغير استنادا إلى نصوص المواد ١٣٨٢ مدني فرنسي وما بعدها وما يقابلها في القوانين الأخرى ، فقالوا ان هذا الواجب واجب قانوني ، لا مجرد واجب أدبي ، لأن هذه النصوص تفرضه وتجعل جزاء الإخلال به الالتزام بالتعويض •

ولكن هذا القول مردود عليه بأن هذه النصوص بتقريرها للزام من ارتكب خطأ أضر بالغير بتعويض هذا الضرر ، قد اقتضت على تقرير نشوء الالتزام بالتعويض — وهو التزام جزائي وليس التزاما أوليا — نتيجة للاخلال بالالتزام أولى افترضت تلك النصوص وجوده

-
- (١٤) في الموجز سنة ١٩٢٨ نبذة ٢٠٨ •
(١٥) في الوسيط ج ١ ص ٧٤٨ نبذة ٥٠٦ وص ٧٥٦ نبذة ٥١١ •
(١٦) في رسالته في الخطأ في القانون اللبناني المقارن مع القانون الفرنسي ، بيروت ١٩٥٢ ص ٩٢ و ٩٣ •
(١٧) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري ج ٢ ص ٣٥٤ •
(١٨) انظر ليكلير في بحث له يتناول فيه عما اذا كان سائق السيارة الذي يقتل أو يجرح عابر طريق يرتكب عملا مشروعا أم لا ، مطبوع في بروكسل بمطبعة Bruylant سنة ١٩٢٩ ، وانظر في عرض نظريته مازو نبذة ٣٨٥ ، بيرسون ودي غيليه في المسؤولية المدنية نبذة ٦٠ وما بعدها ، دابن في المجلة العامة البلجيكية للتأبينات والمسؤولية ١٩٣٣ ص ٣١٥ وما بعدها ، جورف Gorphe في المجلة الانتقادية ١٩٣٦ ص ١٢٠ وما بعدها ، أسمان في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٦١ وما بعدها •

خارجا عنها ، ولا بد له من مصدر خاص ينشئ (١٩) . فإذا لم يوجد نص آخر يفرض الواجب العام بعدم الاضرار بالغير ، فلا يمكن اعتباره واجبا قانونيا ، ولا يكفي الاخلال به لايجاب تطبيق المسؤولية المدنية المنصوص عليها في تلك المواد .

هذا فوق أن القول بوجود هذا الواجب القانوني العام بعدم الاضرار بالغير ، حتى مع التسليم بما يذهب اليه سافاتييه من حق مرتكب الفعل الضار في دفع مسؤوليته اذا أثبت أنه كان له حق يفعله احداث ذلك الضرر بالغير ، لا يتفق مع أحكام القانون الوضعي المتعلقة باثبات المسؤولية المدنية ، لأنه يؤدي الى أنه متى أضر شخص بآخر وجب على مرتكب الفعل الضار متى رفعت عليه دعوى المسؤولية أن يثبت هو أنه كان في حالة من الحالات الاستثنائية التي تخوله حق الاضرار بالغير ، وذلك دون أن يثبت المصاب المدعى أى شيء غير الضرر الذى أصابه ، في حين أن القانون يقضى بأن البينة على من ادعى وأن المدعى بالتعويض هو الذى يقع عليه عبء اثبات خطأ المدعى عليه ، الا غمما استثنى من ذلك بنص خاص (٢٠) .

لذلك ذهب فريق آخر من الشراح الى أن ذلك الواجب القانوني العام لا يمكن أن يكون للتراما بنتيجة بحيث يفرض على كل شخص عدم الاضرار بالغير ، وانما هو التزام بوسيلة محسب ، لأنه يفرض على كل شخص توخى اليقظة والحيطه لعدم الاضرار بالغير (٢١) ، غير أن هذا التحوير في النظرية ان كان يدرا عنها هذا الاعتراض الأخير المستمد

(١٩) في هذا المعنى بلاتويل وريبير الموجز ج ٢ الطبعة العاشرة ص ٢٩٤ .

(٢٠) في هذا المعنى رابو ص ٧٧ و ص ١٥٣ .
(٢١) من هذا الفريق كولان وكليبتان ج ٢ ص ١٧٩ نبذة ١٩٠ ، كوهان في خطأ الامتناع ص ١٠٣ وما بعدها ، فان رين Van. Ryn في المسؤوليتين المتعدية والتقصيرية نبذة ١٧ ، مازو في المسؤولية المدنية نبذة ١٠٣ ثانيا ، جوريه في الاثراء على حساب الغير ١٩٤٩ ص ٢٩٦ نبذة ٢٨٤ ، آلسنهورى في الوسيط ج ١ نبذة ٥٣٧ ونبذة ٥٣٠ .

من قواعد الإثبات ،، غائبة لا يدرك عنها الاعتراض الجوهرى السابق ، وهو افتقار هذا الواجب القانونى لستد وجوده ، أى للقاعدة القانونية المنشئة له .

هذا فضلا عن الاعتراضات الأخرى التى وجهت الى هذه النظرية استنادا الى وجود فروق أساسية بين القاعدة الأدبية والواجب الأدبى من جهة والقاعدة القانونية والواجب القانونى من جهة أخرى وإلى ضرورة توافر مقومات معينة فى الواجب القانونى لا تتوافر فى الواجب العام بعدم الاضرار بالغير ، وهى تلخص فى أن قاعدة الأخلاق توجه الخطاب الى ضمير كل فرد بصفة مستقلة عن غيره فى حين أن الخطاب الذى تتضمنه القواعد القانونية يربط كل فرد بغيره من أفراد المجتمع أى أن القاعدة الخلقية تنظم سلوك كل فرد على حدة ، فتعتبر قاعدة أحادية unilatérale فى حين أن القاعدة القانونية تنظم العلاقة بين فرد وآخر ، وهى ثنائية bilatérale ، وبعبارة أخرى فإن قواعد الأخلاق تفرض على كل فرد واجبات لا يشترط أن تقابلها حقوق لغيره . فالأخلاق توجب على حب القريب مثلا أو معونة المحتاج أو قول الصدق أو الحلم والسماحة مع الأصدقاء ، ولكنها لا تخول أحدا حق مطالبتى بهذه الواجبات . أما القواعد القانونية فيترتب عليها إنشاء روابط بين الأشخاص لأن كل واجب يفرضه على شخص يقابله حق لشخص أو أشخاص آخرين يخولهم اقتضاء هذا الواجب . فالقاعدة القانونية التى تلزم شخصا ما بدين معين تخول الدائن حق مطالبة مدينه بهذا الدين ، فتوجد بذلك رابطة بين دائن ومدين .

ولذلك فالواجب العام الذى يفرض على كل فرد عدم الاضرار بالغير (أو توخى اليقظة والحيطه لعدم الاضرار بالغير) بصفة عامة هو واجب أخلاقى فحسب لأنه يلزم ضمير الفرد دون أن يخول أحدا حق المطالبة بأدائه أداءا عينا ، فوق أن محله عام غير محدد ، الأمر الذى يتعذر معه مطالبة المدين بأدائه عينا يفرض إمكان تعيين الدائن به ، فلا

يسوغ اذن اعتباره واجبا قانونيا لفقده أهم مقومات الواجبات القانونية (٢٢) .

لذلك رأى بعض الشراح الحديثين ضرورة الاتجاه وجهة أخرى فى استقصاء الواجبات القانونية غير المنصوص عليها صراحة بنصوص خاصة .

(د) فكرة السلوك المعتاد والعيار الموضوعى — يرى هؤلاء الشراح أنه اذا كان القانون يفرض بعض الواجبات بنصوص خاصة ، فليس مؤدى ذلك أن الناس يكونون فيما عدا هذه الواجبات أحرارا فى أن يسلكوا كيفما شاءوا ولو أضروا بمسلكهم بعضهم بعضا ، وانما مؤداه أن يلتزم كل منهم بالسلوك المعتاد . وهذا الالتزام هو واجب قانونى ينشأ من طبيعة الحياة فى مجتمع وبحكم التضامن الاجتماعى .

ومن هذا الفريق ايمانويل ليفى الذى عرف الخطأ بأنه اخلال بالثقة المشروعة ، باعتبار أن لكل شخص فى المجتمع أن يتوقع من غيره أن يسلك سلوكا معتادا ، فإذا سلك أحد الأفراد مسلكا شاذا أضرب غيره ، كان مسلكه هذا اخلالا بالثقة المشروعة التى كانت للمضروب أن يتوقع من ذلك الشخص سلوكا معتادا .

ومن هذا الفريق أيضا كولان وكابيتان ، فهما بعد أن عرفا العنصر المادى للخطأ بأنه عدم اتباع السلوك الواجب ، تساءلا عن طريقة تعيين هذا السلوك ، أجابا بأن ذلك يكون بالنظر الى المسلك الذى كان يتبعه الشخص المتبصر المعتنى بأموره لو وجد فى مركز المفاعل ، وقررا أن المرء بحكم وجوده فى مجتمع يتعين عليه أن يخضع على عديم الاضرار بالغير

(٢٢) انظر أوبو Oppo فى كتابه « الوفاء والتبزع » ، طبع ميلانو سنة ١٩٤٧ مثار إليه فى كتاب الدكتور ثروت حبيب فى الالتزام الطبيعى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ ص ١٧٨ و ١٧٩ .

وأنه لئلك يجب عليه أن يسلك لا مسلك الرجل المتوسط العناية فضيب ،
بل مسلك الرجل المتبصر اليقظ ، والا وقع في الخطأ وفي المسئولية (٢٣) •

يبين من ذلك أن كولان وكابيتان قد اعتبرا الخطأ انحرافا عن مسلك
واجب ، وأنهما تبينا ضرورة ايجاد معيار لمتعين واجبات الأشخاص في
مختلف الظروف والأحوال ، واعتمد لذلك مسلك الرجل المتبصر اليقظ في
مثل الظروف التي ارتكب فيها المدعى عليه فعلة ، فيتعين وفقا لذلك المعيار
المسلك الذي كان واجبا على المدعى سلوكه • فلذا كان ما وقع من الأخير
مطابقا لذلك المسلك لم يكن خطأ ، والا فهو خطأ •

وظاهر أنهما قد استغنيا بهذا المعيار عن تعداد الواجبات القانونية
أو حصرها كما حاول ذلك بلانيول ، وأنهما استغنيا به أيضا في توسيع
المسئولية عن محاولة ادخال الواجبات الأدبية كلها أو بعضها في دائرة
الخطأ المدني كما حاول ذلك ريبير وسافاتييه ، ذلك أنهما اكتفيا ، في تقدير
وجود الخطأ ، بالنظر إلى الواجبات القانونية هون غيرها مع اتخاذ معيار
عال لتحديد هذه الواجبات يكون من شأنه الابتكار منها أو الزيادة في
مضمونها ومداها ، فلم يكتفيا بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية بل
اتخذوا معيارا أشد منه هو معيار الرجل المتبصر المعنى بأموره ، مما يؤدي
إلى مطالبة كل شخص في كل حالة على حدة لا بعناية الشخص المتوسط
في مثل هذه الحالة ، بل بعناية أشد من ذلك ، هي عناية الرجل
المتبصر (٢٤) •

غير أنهما لم يحددا هذا المعيار الموضوعي تحديدا كافيا ، إذ أنهما
جعلوا هذا المعيار مسلك الرجل المتبصر في مثل مركز المدعى عليه ، فلم
يبينا المقصود بالمعالة في المركز ، أو مماثلة في ظروف الزمان والمكان

(٢٣) كولان وكابيتان ج ٢ للطبعة الثامنة ص ١٧٩ نبذة ١٩٠ .
(٢٤) انظر في نقد ذلك لبيران في نظرية تدرج الخطأ ص ١٥ وما
بعدها .

والحقوق والواجبات المتقابلة خصص: أم هو مماثلة في جميع الظروف بما في ذلك السن والصحة ودرجة العلم والثقافة والذكاء والمهارة وقوة الأعضاب أو ضعفها... الخ • مع ما لهذا البيان من أهمية في ضبط هذا المعيار وتسهيل استخدامه في تقدير وقوع الخطأ أو عدمه •

وجاء بعدهما الأستاذان هنري وليون مازو ، غورفا هما أيضا الخطأ بأنه انحراف في السلوك بحيث لا يرتكبه الرجل المقتض الوشيد إذا ما وجد في مثل الظروف الخارجية للمتسبب في الضرر (٢٥) ، فأضلغا بذلك الى المعيار الذي قال به كولان وكبيتان بعض التحديد الذي كان ينقصه •

ويقطع النظر عن دقة هذا المعيار أو عدمها ، وهو ما سنصل اليه بعد قليل ، يلاحظ على تعاريف هذا الفريق من الشراح للخطأ أنها لا تخرج عن تعريف بلانويول وجمهور المشراح الحديثين آياه بأنه اخلال بواجب سابق ، هو التزام المسلك المعتاد ، ولكنها مثله لا تفيد شيئا في بيان منشأ هذا الالتزام السابق أو حالاته اذا لم يكن ثمة نص قانوني يفرض هذا الالتزام في حالة أو حالات معينة •

ذلك أن معيار مسلك الرجل المعتاد لا يصلح أن يكون مصدرا للالتزام بسلوك هذا المسلك أو غيره ، وإنما هو مجرد مقياس يعين به مدى التزام غرضه القانون وجعل حدوده متغيرة بحسب ظروفه وتنفيذه ، أى ان هذا المعيار ليس أداة لانشاء التزام لم ينشئه القانون وإنما هو أداة فقط لتعيين مدى التزام أنشاء القانون فعلا ، أو طريقة للتحديد الكمي للالتزام قائم فعلا ، يلجأ اليها فقط في الأحوال التي يكون فيها القانون قد أنشأ التزاما معيناً واكتفى في تعيينه بتحديد محله وتحديد نوعيا دون أن يحدده تحديدا كميا ، فيستعان في هذا التحديد الكمي بمسلك الرجل المعتاد اذا ما غرض القانون عليه مثل هذا الالتزام •

وكثيرا ما يحيل القانون صراحة عند انشاء الالتزامات الى هذا المعيار لتعيين مداها بمقتضاه ، كما فعل المشرع المصري في المادتين ١٩٢ و ١٩٥ بالنسبة الى التزام الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه لحساب رب العمل وفى المادة ٢١١ بالنسبة لالتزام المدين بالمحافظة على شئ أو بادارته أو لالتزامه بتوخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم به ٠٠٠ الخ . بل كثيرا ما يلجأ القضاء الى هذا المعيار لتعيين مدى الالتزام القائم فعلا ولو لم ترد فى النص المنشئ لهذا الالتزام. مثل هذه الاحالة ، وذلك باعتبار أن الالتزام الذى أنشأه القانون دون تعيين مده تعيننا كميّا يكون قد أنشأه قابلا للتعيين بمقتضى المعيار المذكور (٢٦) . بل قد تدعو

(٢٦) وقد غابت هذه الحقيقة من بعض الفقهاء ، فخلل اليهم أن القاضى عندما يحدد مدى الالتزام هذا التحديد الكمي ، انما ينشئ الالتزام انشاء ، وقالوا إن القاضى يملك سلطة انشاء الالتزامات القانونية (انظر من هذا القبيل رسالتنا فى نظرية دىع المسؤولية المدنية ، جامعة القاهرة سنة ١٩٣٦ النسخة المزيّنة ص ٤٣) . ومن طريق هذه السلطة تتسع دائرة الواجبات القانونية التى يعد الاخلال بها خطأ موجبا للتعويض ، انظر فى ذلك بلاتبول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٥٠٨ ص ٦٩٦ حيث يقولون :

«... Les arrêts pour justifier le sujet des actions en dommages — intérêts, ont dit qu'il faut, pour qu'il y ait faute, que la loi oblige à accomplir le fait omis ou que son accomplissement constitue une obligation civile:: Cette affirmation n'a pas grande portée, puisque c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider dans quels cas il y a obligation d'agir».

وحقيقة الامر أن القضاة لا ينشئون الواجبات القانونية انشاء ، وانما هم يقتضون على أن يعينوا مدى الواجبات التى يكون القانون قد انشأها ، مستعينا فى ذلك بمعيار مشاك الرجل المعتاد . واذا كان هذا المعيار يتيح لهم التوسع فى مدى الواجبات التى يكون لها وجود مستند الى القانون ، فانه لا ينبغ لهم بتاتا بانشاء الواجبات ابتداء ، متى كانت لا تستند وجودها من القانون . ولذلك نحن لا نقر القول بوجود واجبات قانونية ينشئها القاضى بحكمه . وغاية الامر أنه يمكن القول ان احكام القضاة إذا اطردت على الاعتراف بوجود واجب قانونى معين غير منصوص عليه ، فان اطرداها على ذلك يكون عرفا قضائيا يعتبر مضرا لقاعدة قانونية منشئه هذا الواجب =

الحاجة الى تطبيق: هذا المعيار حتى بالنسبة الى الالتزامات التي أنشأها القانون محددة هذا التحديد الكمي اذا تغيرت الظروف التي زاعاها المشرع عند اجراء هذا التحديد الكمي ، كما لو عين القانون حدا أقصى للسرية في طريق معين بمراعاة الظروف العادية ، ثم وجدت في هذا الطريق في وقت معين تجمعات استثنائية كمظاهرة أو جنازة أو مهرجان ... الخ ، فيتمتع حينئذ تخفيف السرية بمراعاة مسلك الرجل المعتاد في مثل هذه الظروف بقطع النظر عن الحد الأقصى الذي نص عليه القانون .

المهم في ذلك أن دور معيار الرجل العادي هو دور التحديد الكمي للالتزام القائم ، لا دور خلق الالتزام أو انشائه ، فلا يمكن الركون اليه لتقرير وجود التزام لم يرد على انشائه نص خاص في القانون ، ولا بد اذا أريد القول بوجود التزامات قانونية غير الالتزامات التي وردت بانشائها نصوص خاصة من البحث لذلك عن طريق آخر غير طريق معيار مسلك الرجل المعتاد .

(هـ) فكرة الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين :-
بان مما تقدم أن الخطأ الموجب للمسئولية والتعويض اخلال بواجب قانوني ولا يكفي فيه أن يكون اخلالا بواجب أدبي أو أخلاقي ، أي أن الواجبات التي يعد الاخلال بها خطأ مدنيا يجب أن تكون ناشئة من

ولكن في هذه الحالة يعتبر الواجب المشار اليه ناشئا من القانون باعتناء الفاعل الذي يشمل جميع مصادر القانون وهي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المادة الأولى من التقنين المدني الحالي) .

وبن هذا القيل واجب استعمال الحق بحسن نية ، فهو قد اعتبر قبل النص عليه في المادة ٥ مدني الخاصة بإساءة استعمال الحقوق ، واجبا قانونيا بناء على اطراد احكام المحاكم المضرة على تحريم إساءة استعمال الحقوق استنادا الى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي (لنظر في ذلك كتابنا « الوافي » في شرح القوانين المدني ، الجزء الاول ، سنة ١٩٨٧ ص

القانون (بمعناه العلم) ، وأنه لا يصح الوقوف في ذلك عند حد الواجبات التي نصت صراحة على انشائها نصوص خلصة وأن الحاجة هامة الى توسيع دائرة الواجبات القانونية مع تحاشي اجراء ذلك من طريق الخلط بين الواجبات الأدبية والواجبات القانونية أو اعتبار بعض الواجبات الأدبية كواجب عدم الاضرار بالغير وواجبات قانونية دون سند لذلك من القانون .

وعندى أن الأمر ميسور ، وإن كثيرا من الشراح قد لجأوا لطريقه وأشاروا اليه ، وإن لم تكن فكرته قد وضحت لديهم وضوحا كافيا ، وخصوصا أولئك الشراح الذين تقدم أنهم عرفوا الخطأ بأنه مساس بحق الغير دون حق حيث لم يكن يفوتهم أن مجرد المساس بحق الغير إنما يكون ركن للضرر لا ركن للخطأ ، واته إذا اعتبر خطأ فلائنه ينطوي على خرق للواجب الذي كان يفرض احترام الحق الذي حصل المساس به .

وفي مقدمة أولئك الشراح لارومبيير في الثلث الأخير من القرن الماضي ، فهو يعد أن عرف الخطأ أو العمل غير المشروع بأنه مساس بحق الغير دون حق ، عاد في موضع آخر الى ايضاح فكرة عدم المشروعية ، فقال إن الفعل غير المشروع هو الذي لا يجيزه القانون أو الذي ينهى عنه القانون ، أو هو ما لا يملك المرء حق اتيانه ، وإن الفعل المشروع هو ما يملك المرء حق القيام به ، ثم قال ان استعمال الحق في حدوده القانونية وفي تبصر لا يوجب مسؤولية ما اذا نشأ عنه ضرر للغير ، وذلك لأن ثبوت حق مسبقا لشخص ينفي ثبوته للغير ، ويلتالي فإن استعمال هذا الشخص حقه لا يتصور معه المساس بحق الغير . وبما أن أساس المسؤولية المساس بحق الغير ، فإن استعمال المرء حقه لا يمكن أن تترتب عليه مسؤولية لأنه لا يمكن أن يمس حقا للغير مادام ثبوت الحق له لا يتنافى مع ثبوته للغير (٢٧) ، ثم تسأل لارومبيير بعد ذلك عن الأفعال التي

يملك كل منا حق اثباتها وبللتالى عن حدود حرية كل منا ، وأجاب عن ذلك بأن هريتتنا لا يحددها الا حقوق الآخرين وحريتهم ، ومن ثم قرر أن هذا التعارض أو التنازع القائل بين حقوق الشخص الواحد والرخص المقررة له قانونا وبين الحقوق والرخص المقررة للآخرين ييسط ظلاله على جميع مسائل المسؤولية المدنية (٢٨) .

ويلاحظ أنه عندما أشار الى التنازع بين حقوق الشخص الواحد وحقوق الآخرين انما هو قد لمس في واقع الأمر التعارض بين حقوق الشخص وبين واجباته التي تفرض عليه احترام حقوق الآخرين ولكنه لم يحاول أن يتقصى أثر هذا التعارض في تعيين المسؤولية ، ولا وضع المعيار الذي يضمن به الحد الفاصل بين الأفعال التي يخولها حق معين لصاحبه وبين الأفعال المتصلة بهذا الحق التي يجب عليه الامتناع عنها احتراماً لحقوق غيره بحيث يعتبر مخطئاً اذا ارتكب أحد الأفعال الأخيرة ولا يعد فعله خطأ اذا كلن داخل في الفئة الأولى .

ونجد هذه الفكرة ذاتها في الثلث الأول من القرن الحالى عند ديموج وجوسران ولكن بشكل أقل وضوحاً ، فقد قال ديموج أيضاً ان المعصر المسمى للخطأ هو المسلس بحق الغير ، ولكنه لاحظ أن تعيين مدى حقوق الغير والحد الذى تنتهى عنده ليس بالأمر الهين ، فان هذا الذى أو الحد يختلف باختلاف الظروف ، فتارة يتفاوت مدى الحق بحسب

Peu importe donc que dans l'exercice régulier et prudent de son droit, il ait causé quelque dommage à un tiers. Comme l'action en dommages-intérêts a essentiellement son principe dans la violation du droit d'autrui, à défaut de ce droit elle manque de base légale à l'égard du prétendu contrevenant—Telle est enfin la nature d'un droit, qu'il n'existe en somme au profit de l'un qu'à l'exclusion et au préjudice même de tous autres—»

الظروف التي يباشر فيها ، وثارة يختلف بحسب الأشخاص الذين يباشر في مواجهتهم ، وثارة تبلغ الظروف حدا يعطل الحق تعطیلا تاما أو يقضى على وجوده كلية (٢٩) • وبناء على ذلك فإن التحقق من تواضع العنصر المادى للخطأ يقتضى البحث فيما إذا كان الضرر الذى وقع يعتبر أساسا بحق للمصاب أم لا ، وذلك يقتضى تعيين مدى حق المصاب فى اصطدامه بنشاط الفاعل الذى أدى الى هذا الضرر • فاما أن يكون حق المصاب ممتدا الى الحد الذى يجعل ما أصابه من ضرر أساسا به ، فيتواءم بذلك العنصر المادى لخطأ الفاعل ، واما أن لا يكون كذلك فيكون فعل الفاعل لا خطأ فيه لأنه يكون داخلا فى حدود نشاطه المشروع أى فى حدود حقوقه ، وذلك لأن القانون لا يمكن أن يخول شخصين مختلفين فى حالة معينة حقين متعارضين ممتدين بحيث يتداخل كل منهما فى الآخر

(٢٩) ديموج ج ٣ نبذة ٢٢٦ ص ٣٧٠ حيث يقول :

Il faut au contraire remarquer que la limite des droits n'est pas chose simple. Elle apparaît tantôt objective, tantôt subjective.

Lorsque la limite des droits est fixée d'après des considérations objectives, elle l'est de façons bien diverses. Tantôt le droit n'a pas la même étendue suivant les circonstances où il s'exerce, tantôt son étendue varie suivant les personnes auxquelles on l'oppose. Tantôt certaines le font disparaître.

Ailleurs des considérations subjectives interviennent : une personne a un droit plus étendu parce qu'elle l'exerce dans un certain but d'intérêt social ou elle a un droit, une liberté protégée contre des influences d'un certain genre seulement. Enfin les mœurs exercent une influence pour déterminer la limite des droits. C'est ainsi que pour savoir si une personne peut exposer une autre à un certain risque, il faut tenir compte de sa gravité, de la valeur des objets en présence, de l'utilité et de la nécessité du risque... Le droit en face des circonstances diverses peut être plus ou moins étendu. Il présente pour ainsi dire une certaine élasticité».

ويشتبك معه أو يصطدم به (٣٠) .

وكذلك قال جوسران فيما يتعلق بالعنصر المادى للخطأ انه يفترض أمرا في جانب المصاب وآخر في جانب الفاعل (٣١) ، فهو من ناحية المصاب يقتضى المساس بحق له ، مع التوسع في فهم معنى الحق بحيث لا يقتصر على الحقوق المعينة المحددة فحسب بل يشمل أعم الحقوق التى هى فى الواقع ألقها تحديدا ولكنها أكثرها أهمية وخطورة كالحق فى الحياة وفى الحرية وفى سلامة الجسم والاعتبار والشرف . ومن ناحية الفاعل يقتضى أن لا يكون له فى نشاطه الذى من به حق الغير حق أقوى من حق الغير . وعلى ذلك فهو قد عرف الخطأ بأنه المساس بحق للغير دون امكان الاستناد فى ذلك الى حق أقوى منه أو معادل له على الأقل (٣٢) .

ويخلص جوسران من ذلك الى أن فكرة الخطأ نسبية تختلف بحسب الظروف ، وان تقدير الخطأ يتوقف فى كل حالة معينة على طبيعة الحقوق التى يقع التصادم بينها اذ أن الحق الأقوى يعطى الأضعف ، أى أن الأول يخول صاحبه المساس بالثانى دون أن يعتبر ذلك خطأ .

ويمكن القول أن كلاما من ديموج وجوسران عندما نظرا الى تعارض

(٣٠) المرجع السابق ج ٢ نبذة ٢٢٧ ص ٣٩١ حيث يقول :

«Il serait en effet absurde d'admettre qu'il y a un droit opposable à un autre droit. Le Droit objectif ne peut reconnaître simultanément des droits inconciliables».

(٣١) جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٣ وما بعدها .

(٣٢) جوسران ج ٢ نبذة ٤٢٦ حيث يقول :

«Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent».

حقوق الشخص وتصادمها مع حقوق الآخرين كان في ذهنهما مثل لارومبيير تعارض حقوق الشخص مع واجباته المقابلة لحقوق الآخرين ، ولكن لأنهما سعيًا إلى تحديد الخطأ دفعة واحدة ولم يميزا بين أمرين لازمين لتحديد الخطأ وهما أولا : وجود واجب قانوني معين الحدود وثانيا : الاخلال بهذا الواجب ، لم يعبرا أى التفات إلى الواجب القانوني المقابل لحق معين للغير والذي يجتمع في ذمة شخص معين مع حقوق هذا الشخص المتعارضة معه ، فاعتقدا أن التعارض يقع مباشرة بين حقوق الشخص وحقوق الآخرين وطولوا أن يضما معيارا للخطأ بالنظر إلى هذا التعارض ، فجاء معيارهما مبهما لا يتسم بالتحديد الذى يسهل تطبيقه ، فضلا عن أنه أبعدهما عن مسألة تعيين الواجبات القانونية التى يعسد الاخلال بها خطأ .

وبالتأمل في أقوال هؤلاء الشراح في ضوء النظرية التقليدية للخطأ كما تبلورت في تعريف بلانسيول للخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني يمكن أن نخلص منها إلى القول بأن المقلون يفرض في مقابل كل حق يعترف به لشخص معين واجبا على الناس كلفة ماعدا صاحب هذا الحق يفرض عليهم احترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه ، وهذا الواجب هو واجب قانوني تنشئه نفس القاعدة التى تنشئ الحق المعين لصاحبه ، وان لم يتنص عليه صراحة ، إذ تعتبر متضمنة لياه دلالة بطريق التلازم ، لأنه لا فائدة من تقرير الحق لصاحبه اذا لم يقتدر ذلك بنهى سائر الناس عن التعرض له في استعمال هذا الحق وعن مزاحمته فيه أو الاعتداء عليه .

وهذا الواجب وان كان إلى حد ما عاما فيما يتعلق بشخص المكلف به ، إذ أنه يقع على عاتق كل شخص ماعدا صاحب الحق ، فهو من حيث محله خاص ومحدد ، لأنه يلزم كل مكلف به بالامتناع عن أعمال معينة مما يتعارض مع حق محدد ومقرر لشخص معين .

غلا شبهة اذن في أن كل حق مقرر لشخص معين يقابله واجب قانوني معين يلزم سائر الناس بأن يتمتعوا عن كل ما يعتبر أساسا بهذا الحق . ومصدر هذا الواجب هو نفس القاعدة القانونية التي أنشأت الحق الذي حصل المساس به ، فهو واجب قانوني يعتبر المساس به خطأ موجبا المسؤولية والتعويض .

وبهذا تحل أولى المسألتين اللتين نتصدى لهما في هذه المحاضرة وهي مسألة إيجاد سند قانوني لمجموعة هائلة من الواجبات القانونية التي لم ترد ببلنساتها صراحة نصوص خاصة .

يبقى بعد ذلك أن هذه الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين ليست واجبات مطلقة لأنها لا تشغل وحدها ذمة المكلفين بها ، وإنما تجتمع في ذمة كل منهم مع حقوقه المماثلة لحقوق الآخرين . فكما أن كل شخص مكلف باحترام حق غيره في الحياة ، فإنه له هو أيضا الحق في الحياة . فيجتمع في ذمته حقه في الحياة بكل ما يخوله ذلك من سلطات للمحافظة على حياته ، مع واجباته التي تفرض عليه احترام حياة الآخرين . وقد تطرأ عليه ظروف يصطدم فيها حقه في الحياة بواجبه الذي يفرض عليه احترام حياة شخص آخر كما إذا لوشك على الغرق وكان انقاذ نفسه يقتضيه انتزاع لوحة يتعلق بها شخص آخر مشرف أيضا على الغرق ، فماذا يكون أثر هذا التصادم بين الحق والواجب المتعارضين على كل منهما ؟ أيبقى الواجب قلما كما لو كان واجبا مطلقا لا يتأثر بمختلف الظروف التي تطرأ عليه ويعتبر هذا الشخص مخلا به إذا هو انتزع اللوحة من الغريق الآخر لينجى نفسه ؟ أم يتأثر هذا الواجب فينكمش أو يمحي بسبب هذه الظروف بحيث يصبح انتزاع اللوحة من الغريق الآخر ولو أدى ذلك الى موته لا اخلال فيه بواجب قانوني وبالتالي لا خطأ فيه ولا التزام بتعويض ؟

وهذا ينقلنا الى المسألة الثانية التي نتصدى لها وهي مسألة تعيين مدى الواجبات القانونية .

(ثانيا) : تعيين مدى الواجبات القانونية والحاجة في ذلك الى
معيار وضبط هذا المعيار :

تقدم أن الواجبات القانونية الناشئة صراحة من نصوص معينة
يكون مضمونها ومداها في الغالب محددا تحديدا كميا بهذه النصوص .
ولكن هذا التحديد تكون روعيت فيها ظروف معينة هي الظروف العادية ،
فاذا تغيرت هذه الظروف تعين وجود وسيلة مرنة لاعادة النظر في هذا
التحديد الكمي دون حاجة الى الرجوع في ذلك الى المشرع نفسه (٣٣) .

وفي الحالات التي لا تتضمن فيها النصوص تحديدا كميا للالتزامات
التي تنشأ ، فانها تحيل ان صراحة وان ضمنا على معيار من يتم هذا
التحديد الكمي وفقا له في كل حالة على حدة . . كمعيار مسلك الرجل
العادي .

أما الواجبات القانونية التي لا ينص عليها القانون صراحة ، وانما
تستنبط من نصوصه بطريق الدلالة والتلازم وهي الواجبات العامة التي
تقابل كل حق مقرر لشخص معين والتي تفرض على سائر الناس ماعدا
صاحب هذا الحق احترام حقه والامتناع عن مزاحمته في استعماله وعن
الاعتداء عليه ، فقد لاحظنا في شأنها انها تجتمع في ذمة الشخص مع
حقوقه المماثلة لحقوق الآخرين أو المتراخمة معها والتي تخوله نشاطا
قد يتعارض مع تلك الواجبات الواقعة علي عاتقه في مقابل حقوق
الآخرين ، فيتعين الفصل في هذا التعارض تارة بتغليب حق الشخص
على واجباته المقابلة لحقوق الآخرين ، وتارة أخرى بتقديس هذه

(٣٣) في هذا المعنى نقض بصرى جنائي أول مارس ١٩٤٣ . الحاشية
٢٥ - ٥٢ - ٢٨ .

الواجبات ولو حدثت من حقوق الشخص نفسه ، بحسب الأهمية التي تكون لكل من الحقين المتقابلين في كل حالة على حدة ، أى أنه لا يمكن وضع قواعد أو جداول عامة مطلقة تذكر فيها مسبقا الأحوال التي يجب فيها تقديم حق الشخص على واجباته والأحوال التي يجب فيها عكس ذلك . وإنما ينظر في كل حالة على حدة ، فحيث يكون حق الشخص الذي يضطدم مع واجبة القاضى باحترام حق آخر للغير أقوى أو أهم من هذا الحق الآخر ، فإن ضرورة مباشرة الحق الأقوى تعنى صاحبه من واجب احترامه الحق الأضعف . وبالعكس من ذلك فإن واجب احترام الحق الأقوى من شأنه أن يجد من نشاط صاحب الحق الأضعف أو الأقل أهمية .

ولكن كيف يمكن تقرير الأهمية النسبية لكل حق من الحقوق المتصادمة في كل حالة على حدة ومن يملك هذا التقدير ؟

إذا ترك تقدير هذه الأهمية النسبية للحقوق المتصادمة وتقدير أثرها على الواجبات المقابلة لحقوق الآخرين للأفراد أنفسهم كل منهم بحسب ميوله واستعداداته وما انطوت عليه نفسه من أثره تجعله يبالغ في أهمية حقوقه وفي الحد من واجباته تركا مطلقا دون مقياس أو رقابة ، كان مؤدى ذلك أن تصبح الغلبة للأقوى الذي يستطيع أن يذهب في حقوقه إلى أقصاها وأن ينقص من واجباته إلى الحد الأدنى ، وصارت الحياة في المجتمع فوضى لأن كل فرد فيه سيحاول الفوز بأكثر ما يمكن من الحقوق وسيضطدم في ذلك بمحاولات غيره المماثلة ، ولا يكون ثمة ضابط يفصل بينهما ويرسم حدود كل منهما ، وعند ذلك تقاعسا من القانون عن أداء وظيفته الأصلية .

لذلك كان لا مناص من إيجاد معيار مادي ثابت يرجع إليه في كل حالة لتعيين مدى حقوق الأشخاص المتشابهة .

وقد اتخذ كولان وكابيتان لذلك معيار منسلك الرجل المتبصر المثقف

l'homme prudent et diligent في مثل الظروف التي ارتكب فيها
المدعى عليه فعله المضر ، وكذلك اتخذ الأستاذان هنري وليون ملازو
l'homme prudent, avisé معيار مسلك الرجل المتبصر الرشيد
وصرحا في ذلك بأن المقصود بهذا المعيار ليس مسلك الرجل المتوسط
البصر واليقظة بل مسلك الرجل اليقظ الرشيد
Le type de comparaison, ce n'est pas l'homme moyennement prudent ou moyennement avisé, c'est l'homme prudent avisé.

أى أن هؤلاء الشراح جميعا قد اعتمدوا معيارا عاليا لتعيين مدى
التزامات كل منا ، فلم يكتفوا بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية ،
بل اتخذوا معيارا أشد هو معيار الرجل المتبصر المعتنى بشئونه ، الأمر
الذى يؤدى الى مطالبة كل شخص في كل حالة على حدة ، لا بعناية
الشخص المتوسط في هذه الحالة فحسب بل بعناية أشد من ذلك ، هي
عناية الرجل المتبصر .

وإذا كان من شأن هذا المعيار العالى الذى اعتمده أن يزيد من
مدى الواجبات القانونية وبالتالي أن يوسع من دائرة الخطأ وأن يسهل
للمضربين اثباته تمشيا مع الاتجاه العام في المسؤولية نحو مساعدة
المضربين ، فإن من الواضح أن غيه غبنا كبيرا على أوساط الناس تبصرا
أو يقظة لأنه يحملهم بأكثر مما يطيقون ، ولأن الأحكام يجب أن تبنى
على الغالب وهو مقدرة أوساط الناس ، ولأنه لا يصح أن يطالب الناس
جميعا بأكثر مما تستطيع أغليبتهم وهم أوساط الناس ، ولأن القانون
جرى على ذلك في كل مرة أحال فيها صراحة الى معيار مادي كما هو
الشأن في المادة ١١٣٧ مدني فرنسي التي نصت على معيار عناية رب
الأسرة العاقل ، ومن المسلم أن المقصود بذلك رب الأسرة المتوسط
للعناية ، وكذلك في المادة ١٧٢٨ مدني فرنسي في شأن التزامات المستأجر ،
لذلك كله كان من المتعين الالتفات عن هذه الدرجة العملية للمعيار الموضوعي
المشار اليه والوقوف عند حد درجة متوسطة فيه هي مسلك الرجل
العادى . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصري صراحة في التقنين المدني

الحالى حيث نص على هذا المعيار فى المواد ١٩٢ و ٢١١ ، ٥٨٣ / ١ :
٦٤١ / ١ ، ٧٠٤ ، ٧٣٠ الخ .

وكذلك فعلت أكثر التقنينات العربية الحديثة .

ويقول الأستاذ السهورى فى ذلك أن هذا الشخص المجرى هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس ، غلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة غيرتفع الى الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة غيىزل الى الحضيض وهو الشخص الذى اتفخذه من قبل مقياسا للخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل العادى وهو شخص عرفه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل bon père de famille ، ننظر الى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى ، ونقيس عليه سلوك الشخص الذى ينسب اليه التعدى (٣٤) .

واذن فالمعيار المادى الذى لا سبيل الى تعيين مدى الواجبات القانونية الا بمقتضاه هو مسلك الرجل العادى أى الرجل المتوسط فى جميع الصفات التى لا تظهر الا بالبحث الشخصى الذاتى كالتبصر والذكاء والعناية والنزاهة ... الخ . هينظر الى مسلك الرجل العادى اذا ما اصطدم حق له مماثل لحق من تسبب فى احدثات ضرر لغيره مع واجبه المقابل لحق الضرور الذى حصل المساس به من حيث تغليب حقه على واجبه المذكور أو العكس ، ويتعين وفقا لهذا المسلك مدى واجبات التسبب فى الضرر الذى كان يلزمه مراعاتها فى الحالة المعينة التى وقع منه فيها الفعل الضار .

غفى حوادث السيارات مثلاً يرتكب السائق فى استعمال حقه فى قيادة السيارة مساسا بحق المصاب فى سلامة نفسه ، فاذا أردنا البحث

في خطأ السائق أو عدمه ، اقتضانا ذلك أولاً تعيين مدى واجب هذا السائق في احترام سلامة الغير عند مباشرة حقه في قيادة السيارة في حدود اللوائح والقوانين • ولابد في ذلك من التوفيق بين استعمال حقه وبين واجبه في احترام سلامة الغير ، بقصر واجبه على اتخاذ درجة معينة من الاحتياط في استعمال حقه • وهذه الدرجة المعينة من الاحتياط هي التي يرجع في تحديدها إلى مسلك الرجل العادى ويكون تعيين الواجب ومداه وفقاً لهذا المعيار متروكاً لتقدير الشخص نفسه وضميره ، على أن يخضع في هذا التقدير لرقابة القاضى • فإذا تعارض مثلاً حق مصلحة السكك الحديدية في تسخير قطاراتها وعبورها الطرق العامة والممرات مع واجبها المقابل لحق المارة ومستعملى وسائل النقل الأخرى التى تضر بهذه الطرق في سلامتهم عند اجتيازهم مجازات السكك الحديدية ، فيترك لهذه المصلحة أن تعين هي ما يجب عليها حراسته من مجازاتها وطريقة هذه الحراسة ومداها ، أيلزم فيها استعمال البوابات والخواجز أم يكفي إقامة حراس بجوانبها • وفي هذه الحالة الأخيرة أتجب الحراسة ليلاً ونهاراً أم يكفي بالحراسة نهاراً ؟ فإذا وقع حادث بسبب عدم حراسة مجاز معين ليلاً وادعى المصاب أن المصلحة مقصرة في ذلك ، كان للقاضى أن يبحث في ضوء موقع هذا المجاز وجميع الظروف الأخرى ما إذا كان مثل هذا المجاز يجب حراسته ليلاً أولاً لتجب ، وتعين عليه أن يسترشد في ذلك بما كان يفعله الرجل العادى في مثل هذه الحالة (٣٥) •

غير أنه لأن مسلك الرجل العادى لا يتعين فقط بطبيعة الحقائق المتعارضين اللذين يباشر هو أحدهما ، فيضطدم في مباشرته إياه بواجبه المقابل لحق الطرف الآخر ، وإنما يدخل في تعيينه أيضاً الكثير من الظروف

(٣٥) استئناف مختلط ٢ إبريل ١٩٣٦ غازيت المحاكم المختلطة ٢٧ — ٨ — ٥ ، وايضاً ٢٨ فبراير ١٩٣٥ غازيت المحاكم المختلطة ٢٧ — ٨ — ٤ • وبوجه خاص الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٢٧ — ٧ — ٣ وتعليقنا عليه في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة سنة ١٩٣٧ عدد نوفمبر ص ١٠٣٧ وما بعدها .

المتصلة بالشخص أو المحيطة به كظروف الزمان والمكان والسن والعلم والبيئة والعادات ، فينبغي عند تقصى الواجب في حالة معينة بالنظر الى مسلك الشخص العادى أن ينظر اليه محوطا . بمثل هذه الظروف لأن مسلك الشخص العادى يختلف من ظرف الى آخر ، ولا يجوز مثلا مقارنة مسلك سائق سيارة في طريق صحراوى خارج المدينة بمسلك سائق في داخل المدينة في طريق مزدحم بالمارة ، ولا مسلك السائق في طريق جاف بمسلك سائق في طريق زلق بماء المطر .

غير أننا اذا أقمنا وزنا في تقصى مسلك الرجل العادى لجميع ظروفه ، المدعى عليه حتى ما كان منها خاصا بشخصه لا يظهر الا بالبحث الذاتى ، كضعف أعصابه واضطراب نفسه ودرجة تمييزه ، ومقدار ثقافته ، فان ذلك يؤدى في الواقع الى الانصراف عن المعيار المادى واهدار المقارنة بمسلك الرجل العادى والى تقدير مسلك المدعى عليه تقديرا ذاتيا يكون من أهم عيوبه أنه لا ضابط له ، فلا بد إذن من وضع حد للظروف التى يقام لها وزن عند تقدير مسلك المدعى عليه بالمقارنة بمسلك الرجل العادى .

وقد ذهب الأستاذان هنرى وليون مازو الى وجوب التمييز بين الظروف الخارجية التى كانت تحيط مرتكب الفعل الضار عند ارتكابه آياه وبين ظروفه الداخلية والاقتصار على الأولى دون الثانية عند تعيين مسلك الرجل العادى ، وعرفا المقصود بالأولى بأنه ما ليس خاصا بشخص مرتكب الفعل الضار أو ما ليس من خصائصه ومميزاته الطبيعية ، وبناء على ذلك اعتبروا ظروف الزمان والمكان من الظروف الخارجية التى يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى ، أما الحالة النفسية والظباع والعادات ودرجة الحساسية فيعتبرانها من الظروف الداخلية التى لا يجوز أن يقام لها وزن ، وكذلك فقد التمييز فقدا كليا أو جزئيا والسن والجنس والأمراض وأثر الوراثة فى الأشخاص وأثر الطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها الشخص .

ويلاحظ على هذه التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية انها — فوق عدم استنادها الى أى أساس من القانون أو من المنطق أو من العدالة — تؤدى أحيانا الى حلول يأبأها الذوق والضمير ، فهي تؤدى مثلا الى مطالبة المجنون أو الصغير غير المميز بمثل عناية الرجل الكامل الرشيد ، وتسوى بين واجبات الطفل الصغير وواجبات الرجل الكبير ، وبين واجبات الرجل السليم وواجبات ذى العاهة ، وبين واجبات الأملى وواجبات المتعلم ، وبين واجبات الطبيب الريفى وواجبات الاختصاصى الكبير ، فى حين أن الذوق والعدالة يقتضيان المغايرة فى واجبات هؤلاء جميعا .

الستم ترون معى أنى اذا استقدمت اختصاصيا كبيرا من لندن أو باريس أو غيرهما لاجراء جراحة دقيقة لى يحق لى أن أنتظر منه كفاءة ممتازة وعناية فائقة تتفق مع ما أؤخته الى شهرته التى طبقت الآفاق والتى حملتنى على أن أدفع اليه أتعابا تفوق أضعاف ما يتقاضاه الجراح العادى اذا قلم بمثل هذه الجراحة ؟ أيستساغ من مثل هذا الاختصاصى الكبير أن يتذرع لدرء مسئوليته بأنه ليس ملزما بأكثر من عناية الطبيب العادى بمقولة أن علمه الواسع وخبرته الطويلة وتخصصه الفذ كل ذلك ليس الاظروفا داخلية خاصة به لا ينبغى أن يقام لها وزن فى تعيين مدى التزامه ازاى ؟

وكذلك اذا لجأت الى طبيب عجوز انقطع منذ نصف قرن لممارسة مهنته فى قرية نائية بعيدا عن تطورات العلم الحديثه ، أيسوغ لى أن أحاسبه على أساس التزامه ببذل عناية الطبيب العادى فى العصر الحالى ، وأن أسأله لعدم تطبيقه مبتكرات العلم الحديث بالرغم من ثبوت عدم وصولها الى علمه فى عزلته التى يعيش فيها ؟

ان هذه التفرقة لو كانت منصوفا عليها قانونا ، لكان ما تؤدى اليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة كفيلا بحمل المحاكم على التبحايل على

النصوص تفاديا لهذه النتائج • أما وانها لا نص عليها من قريب أو من بعيد ، وليست نتيجة حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة ، بل انها وليدة الاختيار الحر أو بعبارة أخرى انها تفرقة تحكيمية فحسب ، فان نتائجها المذكورة كقيلة بالحكم عليها ، أو تتطلب على الأقل تحويلها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول إلى هذه النتائج غير المقبولة •

وقد نبه سافاتييه الى عيب هذه التفرقة وقال بوجوب السماح باضافة بعض الظروف الشخصية الى المعيار الموضوعي الذي يقاس به الخطأ حتى تمكن المعايير في واجبات الأشخاص باختلاف الظروف المذكورة (٣٦) • ولكنه لم يحاول وضع ضابط تعين به الظروف التي يقام لها وزن في تقدير الواجبات الشخصية والظروف التي لا يكون لها اعتبار في ذلك •

وفي القانون المصري قضت محكمة الاستئناف ، في ٢ يناير ١٩٣٦ بأنه « بالنسبة الى الأطباء الاختصاصيين يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال

(٣٦) وفي هذا يقول سافاتييه (في المسؤولية المدنية ج ١ ص ٢٧٨ نبذة

١٦٦ و ١٦٧) :

Le standard de l'homme avisé et prudent n'est qu'une base générale. Il se rectifie par les éléments physiques et intellectuels susceptibles d'accroître ou diminuer, en la personne de l'agent, le pouvoir de prévoir et d'éviter l'acte illicite. La faute d'un spécialiste, celle d'un homme cultivé, ne s'apprécieront pas comme celles d'un profane, ou d'un ignorant ; celle d'un enfant, d'un infirme ou d'un malade, de la même manière que celle d'un homme adulte et bien portant. Mais la preuve de ces correctifs personnels incombe à celui qui les invoque.

في المعالجة » (٣٧) ، فدللت بذلك على أنها قصدت تعيين واجبات الطبيب الاختصاصي لا بالمقارنة بمسلك طبيب آخر عادي بل بالمقارنة بمسلك طبيب اختصاصي مثله ، وقد عقلت على هذا الحكم في حينه مبرزاً قصد المحكمة اعتبار الخبرة والتخصص من الظروف التي يقام لها وزن في تعيين مدى واجبات الطبيب الاختصاصي ، مبيناً ضرورة التوسع في فهم المقصود بالظروف الخارجية التي يقام لها وزن في معيار الخطأ بحيث تشمل جميع الظروف الظاهرة للملا بحيث يعرفها الناس دون حاجة إلى معاملة الفاعل وفحص نيته (٣٨) .

وقد حدد ذلك الأستاذ الدكتور وديع فرج الى أن يقول في بحثه المنشور في سنة ١٩٤٢ في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية أن هناك عوامل شخصية لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب وبمركزه في تلك المهنة وبكفايته في عمله ، كالتخصص في فرع من الفروع ، والوجود على رأس مستشفى من المستشفيات ، والتدريس في جامعة من الجامعات ، والوجود

(٣٧) استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ الحاماة ١٦ - ٧١٣ - ٣٣٤ وتعليقنا عليه في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة (١٩٣٧) ص ٦٤٥ و ٦٤٦ .

(٣٨) وقرب من ذلك أيضاً مصر ٢ يناير ١٩٢٧ المجموعة س ٢٩ ص ٢٠ رقم ١١ وقد جاء فيه أن الطبيب المولد يسأل عن استعماله العنف في جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض استناداً الى ما قرره الدكتور نجيب محفوظ من أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العلق ، وإن كان من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب يعالج كل الأمراض .

وأيضاً جنح الأزبكية ٢٦ يونيو ١٩٦٩ في الجنحة رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ وقد جاء فيه أن اتباع الطبيب في العلاج خلاف المألوف يعتبر أساءة تقدير وعدم اتباع لمبادئ الاحتياط مما يكون ركن الخطأ في حق الطبيب المتهم ، وبالأخص وأنه اختصاصي في مهنته يطالب ببذل عناية أكبر من العناية التي يطالب بها الأطباء العموميون . فالمرضى لا يلجأ الى الاختصاصي عادة إلا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذي يقرر أن حالة المريض تستدعي عناية من شخص له دراية خاصة ، فالاختصاصي يجب أن يكون على المسام تام بأصول فنه ويجب أن يتوحي غاية الحذر في أمور علاجه .

في قرية بعيدا عن العلم والعلماء ، وما الى هذا من الاعتبارات التي يراعيها نفس المريض عند اختيار الطبيب والتي يمكن أن نطلق عليها الاعتبارات التي ترجع الى المستوى المهني للطبيب . غلو أضيف هذا العنصر الى عناصر قاعدة التقدير المجرى بحيث يراعى عند المقارنة الظروف الخارجية والمستوى المهني للمستول ، فيقارن الطبيب الريفي بطبيب ريفي مثله ، والمتخصص في المدينة بمتخصص في المدينة مثله ، لأصبحت تلك القاعدة صالحة في عرفنا كأساس لمعيار الخطأ الطبي (٣٩) .

وبمثل هذا أيضا يقول الأستاذ عبد السلام التونسي في كتاب المسؤولية المدنية للطبيب دمشق سنة ١٩٦٦ ص ٢٦٦ نبذة ١٤٢ .

ولنا أن نتساءل على أي أساس يجوز القول بأضافة المستوى المهني للطبيب الى الظروف الخارجية التي يقام لها وزن في تعيين مدى التزاماته ، مع أن المستوى المهني ليس الا درجة علم الطبيب وخبرته وهي بلا شك ظرف داخلي ؟ ولماذا يقصر ذلك على المستوى المهني للطبيب ولا يعمم بالنسبة الى المستوى المهني لأرباب المهن الأخرى ؟ ولماذا يتميز المستوى المهني بهذه المزية ولا يشاركه فيها غيره من الظروف الداخلية الأخرى كظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية ؟

لذلك رأى الأستاذ السنهاوري ضرورة اضافة هذه الظروف الثلاثة الأخيرة في بعض الأحوال الى الظروف الخارجية التي يقام لها وزن في تقصى مدى التزام مرتكب الفعل الضار من طريق معيار مسلك الرجل العادي ، فقال ما نصه :

« ان الشخص العادي ، الذي نجعل سلوكه المألوف مقياسا للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملائمة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التي تحيط بالتعدى ، وأهم

الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

« وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود الى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفًا داخلية شخصية يجب التجرد منها ، وهى ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة ، حتى لو كان صبيا أو امرأة أو ريفيا ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فان الصبى الصغير إذا لعب مع رفقاته لا ينبغي أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملا تباشره النساء عادة ، كالتهليل والتوليد والتمريض ، لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والزيفى الساذج ، وهو يعيش فى قريته النائية عيشته المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبى الصغير غيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة غيما تباشره من أعمال النساء ، والريفى غيما يسكن اليه من حياة قروية ، ينبغى أن يعتبر كل منهم منتميا الى طبقة قائمة بذاتها ، فيجرد من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو القياس الذى يقاس به سلوك الأفراد التى تنتمى الى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان ، غيما هو من أعمال الصبيان ، صبى مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبى بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، غيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسيطاتهن تتجرد من الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ، غيما يدخل فى حياتهم الريفية ، قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى أعمال الصبيان ولا هى من الأعمال التى تباشرها

النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى • لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفًا داخلية شخصية لا ظروفًا خارجية عامة • ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفًا داخليًا شخصيًا بالنسبة إلى شيء معين ، ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر • وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (٤٠) •

ولنا أن نتساءل عما في هذه الظروف الثلاثة الشخصية الداخلية التي رأى الأستاذ السنهوري إمكان رفعها إلى مرتبة الظروف الخارجية التي يقيم لها وزن في تقضى مسلك الرجل العادى مما يرشحها لهذه المنزلة السامية ؟ ولماذا تنفرد هذه الظروف الثلاثة دون غيرها من الظروف الداخلية بهذه المزية ؟ أو ليس العلم والتفحص والمستوى المهني أولى منها بذلك أو على الأقل مساوية لها فيه ؟

ألا يمكن أن يعتبر مجموع الأفراد الذين يشتركون في أى ظرف من الظروف الداخلية الشخصية كضعف الأعصاب وسرعة الانفعال ورقة الاحساس مكونين طبقة قائمة بذاتها وأن نجرد من هذه الطبقة شخصًا عاديًا يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ؟ وإن قلنا بذلك ألا يكون مؤداه العود إلى الأخذ بالمقياس الشخصى الذاتى الذى يقتضى الغوص في أعماق النفس الانسانية مع ما يكتنف ذلك من صعوبات تجعله في حكم المستحيل ؟

لذلك كله نرى إعادة النظر في التفرقة المشار إليها بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية ، لتتساءل ماذا في الأولى مما يرشحها لأن يقيم لها وزن في تقضى مسلك الرجل العادى وماذا في الثانية يجعلها غير جديرة بذلك • وبإمعان النظر يتضح أنه ليس في أى من نوعي الظروف

(٤٠) السنهوري في الوسيط ج ١ ط ٢ نبذة ٥٢٩ ص ٨٨٨ و ٨٨٩ •

المذكورة ما يرشحها للدور الذى تقرره له هذه التفرقة ، أى أنه ليس فى كون الظرف خارجيا ما يوجب اقامة وزن له فى تقصى مسلك الرجل العادى وفى كون الظرف داخليا ما يبرر اهداره ، وقد رأينا أن العمل كشف عن أن بعض الظروف الداخلية لا يصح اهدارها وينبغى اقامة وزن لها فى تعيين مدى التزام الفاعل •

ولا عجب فى أن يكشف العمل عدم صلاحية هذه التفرقة لتحقيق الغرض الذى وضعت من أجله ، لأنه ظاهرا أن الغرض هو تعيين مدى الالتزام ، وإن الالتزام علاقة بين طرفين ، فلا يصح أن يقتصر النظر فى تعيين مداه الى الظروف المحيطة به من ناحية المدين به فحسب ، بل يجب أن ينظر اليها أيضا من زاوية الدائن به وأثرها فى نظره ، أى أن الظرف الذى يصح اعتباره مؤثرا فى تعيين مدى الالتزام يجب أن يكون معلوما لطرفيه وداخلا أثره فى تقديرهما سواء كان هو طرفا خارجيا أو داخليا ، لأن علم الطرفين به ودخوله فى تقديرهما هو الذى يرشحه لأن يقام له وزن فى تعيين مدى الالتزام ، لا كونه خارجيا أو داخليا •

لذلك نرى تعديل التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية تعديلا يجعل النظر الى ظروف مرتكب الفعل الضار لا من ناحية الأخير وحده وكونها خارجة عنه أو باطنة ، بل من ناحية المضرور أيضا ومدى امكان احاطته بها وتوقعه تأثيرها فى مسلك الفاعل ، فننظر فى تعيين مدى واجبات الفاعل الى مسلك الرجل العادى فى مثل ظروفه التى تكون منظورة للمضرور بحيث تجعله يتوقع من الفاعل مسلكا معينا •

فاذا كان الفاعل قد انحرف عن هذا المسلك ، كان انحرافه هذا اخلالا بالثقة المشروعة للغير واخلالا بالواجب عليه ، وعد بالتالى خطأ موجبا مسئوليته •

فالولد فى العاشرة من عمره مثلا لا يبعث فى نفس الغير ثقة الا فى أنه سيمسك مسلك من يكون فى مثل سنه لأن هذه السن ظرف ظاهر للآل ،

فيجب أن يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى ، ولا يجوز تحذير واجبات ذلك الولد بالرجوع الى مسلك الرجل الكبير . وكذلك مساعد الطبيب (التمزجى) لا يبعث في النفس الثقة التى يبعثها فيها الطبيب نفسه ، كما أن الطبيب العادى وبخاصة في الريف أو المدن الصغيرة لا يبعث في النفس الثقة التى يبعثها فيها الاخصائى المشهور ، وكذلك الشخص المصاب بعاهة ظاهرة لا يبعث في النفس ثقة في مسلكه مثل الثقة التى يبعثها فيها الرجل السليم .

ويجب أن يكون الأمر كذلك أيضا في تقدير خطأ المضرور نفسه عندما ينسب اليه أنه هو المتسبب بخطئه في حدوث الفعل الضار أو انه قد أسهم بخطئه في حدوث ذلك الفعل . فيكون قياس مسلكه بمعيار مسلك الرجل العادى اذا وجد في ظروف مماثلة لظروفه الظاهرة المنظورة للمدعى عليه (المنسوب له ارتكاب الفعل الضار) وقت حدوث الفعل الضار ، بقطع النظر عن كون هذه الظروف خارجية أو داخلية بالنسبة الى المضرور ، لأن هذا الأخير لا يصح اعتباره مخطئا الا بقدر ما في مسلكه من اخلال بالثقة المشروعة الواجبة لمن وقع منه الضرر . فإذا كان المضرور المنسوب اليه أنه أسهم بخطئه في وقوع الفعل الضار قد سلك بالفعل مسلكا شاذا ، ولكن ثبت أن مسلكه هذا ، راجع الى فقد التمييز ، فان فقد التمييز لا يكفى بذاته لاهداف دفاع المدعى عليه ، بل يجب أن ينظر ما اذا كان فقد المضرور التمييز ظاهرا بحيث كان الفاعل يعلمه أو في وسعه أن يعلمه ، كما لو كان المضرور طفلا صغيرا أو مجنونا ظاهرا جنونه من حركات تلفت النظر ، فحينئذ يعتبر الفاعل أنه كان واجبا عليه أن يتوقع من ذلك الطفل أو المجنون مسلكا شاذا ، وأن يرتب مسلكه الشخصى تبعا لذلك . فان لم يفعل فقد قصر في واجبه وكان ذلك المسلك الشاذ من جانب المضرور لا يمكن اعتباره اخلالا بثقة الفاعل المشروعة وبالتالي لا يمكن اعتباره خطأ في جانب المضرور ولا سببا أجنيا بالنسبة الى الفاعل تدفع به مسئوليته .

أما اذا كان الطفل المضرور قد جاوز سن التمييز أو كان جنون

المعتوه غير ظاهر ، فقد حق للفاعل أن ينتظر منهما مسلكا عاديا • ويقدر هذا المسلك العادى غيما يتعلق بالصغير المضرور بالنسبة الى مسلك صغير عادى فى مثل سنه ، وفيما يتعلق بالمعتوه بالنسبة الى مسلك الرجل العادى (٤١) •

لذلك يتعين عند تحديد مدى واجبات الشخص فى دعوى المسئولية المدنية — تمهيدا لمعرفة ما اذا كان مخطئا فى مسلكه أو غير مخطيء — أن نتمثل الرجل العادى فى مثل ظروفه الظاهرة التى يكون من شأنها أن تبعث لدى الغير الثقة فى أنه سيسلك مسلكا معينا ، ولا يكفى أن نتمثل فى مثل ظروفه الخارجية التى يقول بها الأستاذان مازو •

وفى اعتقادى أن هذا التحويل الذى اقترحه فى التفرقة التى ابتدعها الأستاذان الكبيران ان كان يبدو فى الظاهر طفيفا — حتى يبدو لغير الفاحص المتأمل مجرد تحويل لفظى — ينطوى فى الواقع على علاج جذرى لجميع عيوب هذه التفرقة ، وهو أوفى كثيرا من العلاجات الموضعية التى أشرنا إليها ، وفى مقدمتها ما اقترحه الأستاذ الدكتور وديع هرج وما اقترحه الأستاذ الدكتور السهنورى •

وقد أخذت المحكمة الادارية العليا فى مصر فى حكم لها بتاريخ ٢ مارس ١٩٥٧ بمعيار الظروف الظاهرة الذى نادينا به منذ سنة ١٩٣٧ (٤١ مكرر) حيث قررت أن المعيار فى تقدير خطأ الطبيب وتعيين مدى واجباته يكون اما بمقارنة مسلك طبيب عادى اذا وجد فى مثل ظروفه الظاهرة ، أو بمقارنة مسلك طبيب أخصائى مثله اذا وجد فى مثل هذه

(٤١) انظر أحكام المحاكم فى هذا المعنى فى رسالتنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٩٦ وما بعدها •

(٤١ مكرر) انظر تعليقا لنا على حكم استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ فى مجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد أبريل ١٩٣٧ ص ٦٤٥ وما بعدها •

الظروف. لأن الاختصاصي محل ثقة خاصة لها وزنها عند تقدير الخطأ نظرا لتخصصه (٤٢) .

أما محكمة النقض ، فإن كان الظاهر أنها لم تأخذ بعد بهذا النظر (٤٣) ، فيبدو أنها أصبحت تتشكك في إمكان التعويل على التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية ، حيث تحاشت في حكم حديث لها بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٦٦ ذكر هذه التفرقة واكتفت بالإشارة الى وجوب اقامة وزن للظروف المحيطة بالفاعل ، اذ قررت أن مناط واجب الطبيب في بذل العناية ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها (٤٤) .

ولعل ما ساعدها على ذلك أنه لم يكن في وقائع الدعوى المعروضة

(٤٢) مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا ٢ - ٥٩١ - ٦٦ ج

(٤٣) انظر مع ذلك نقض مدني ٢٥ نوفمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية للاستاذ محمود عمر ج ٥ ص ٦٦٠ رقم ٣٤٠ وقد جاء فيه انه « اذا كان الحكم حين تضي بمسئولية الطاعنين عن التبليغ في حق المطعون عليه بانه اختزن كنيات وميرة من الاقمشة وأدوات الكهرباء قد استند في ذلك الى ما حصله تحصيلًا سائفا من وقائع الدعوى من أن ما قصده المبلغان إنما هو التبليغ عن تهمة حبس هذه السلع عن التداول بقصد التأثير في الاسعار وأن هذه التهم غير صحيحة وأن المبلغين كانوا يعلمان بعدم صحتها ، وأنه جلى نرض انتفاء هذا العلم ، فإن التبليغ حصل عن رعونة وعدم تبصر ، اذ الواقعة المبلغ عنها كان في مقدور الرجل العادى أن يتبين عدم صحتها ، في حين أن أحد المبلغين بحام مسئول عن وزن أعماله وتقديرها قبل الاقدام عليها ، فانه بذلك يكون قد اثبت توافر ركن الخطأ الموجب للمسئولية » .

ويبين من هذه العبارة الأخيرة أن المحكمة اعتبرت ان ممارسة مهنة الحماية وما تقتضيه في المحامي من علم خاص بالقانون ظرف يقام له وزن في تعيين مدى التزام المحامي بالتبصر والتروى قبل الاقدام على الإبلاغ عن تهمة تستوجب محاكمة الغير وعقله .

(٤٤) نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ -

عليها ظرف ثار الخلاف بشأنه على ما اذا كان يتعين اقامة وزن له في تقصى مسلك الطبيب العادى أم لا ، ونعتقد أنها متى عرض عليها ظرف يدور حوله مثل هذا الخلاف ، فانها ستضطر الى معالجة الموضوع والى قول كلمتها في شأن معيار التفرقة بين الظروف التى يقام لها وزن والظروف التى يصرف النظر عنها في تقصى مسلك الرجل العادى ، ذلك المسلك الذى يحدد مدى التزام مرتكب الفعل الضار والذى يقاس به مسلكه .

ولا جدال في أن ظروف الزمان والمكان هي من الظروف الظاهرة التى يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى . فالحقائق التى يقود سيارة في مكان مزدحم يكون ملزما بما يراعيه الرجل العادى في مثل هذا الظرف . والطبيب الذى يجرى جراحة في العصر الحاضر يكون ملزما بما يتخذه الطبيب العادى من احتياطات في الثلث الأخير من القرن العشرين .

وكذلك ظرف السن بالنسبة الى الصغار يعتبر من الظروف الظاهرة كما تقدم . وكذلك العلم والتخصص بالنسبة الى من يعرف عنهم ذلك ويشتبهون به ويقصدون لأجله ، وكذلك أيضا المهنة التى يمارسها الشخص والطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها ، والبيئة التى يعيش فيها عادة . فمسلك المهندس في مباشرة عمله يقاس بمسلك المهندس المتوسط ، ومسلك القروى الريفى في بلدته يقاس بمسلك القروى العادى لا بمسلك المتحضر المثقف .

ونلاحظ أن الظرف ذاته يعتبر ظاهرا ويقام له وزن فيما يتعلق ببعض نشاط الشخص دون البعض الآخر ، أى في نشاطه فقط الذى يترتب عليه فيه أن يوحى الى الغير أنه سيسلك مسلكا معينا . فالحسن يقام لها وزن في مسلك الصغار في لعبهم أو في سيرهم في الطريق العام ولا يقام لها وزن في قيادة سيارة . والعلم والتخصص يقام لهما وزن فيما يباشره الاخصائى من أعمال مهنته دون غيرها . وكون الشخص قرويا

ريفيًا لا يقام له وزن إلا فيما يباشره من نشاط في بيئته التي يعيش فيها •
أما إذا ذهب الى المدينة ، فينتظر منه ما ينتظر من سكان المدن •

ومن ثم يبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفًا غير ظاهر وغير منظور بالنسبة الى أمر معين ، ثم ينقلب الى ظرف ظاهر ومنظور بالنسبة الى أمر آخر ، وفي هذه النسبية — كما يقول الأستاذ السنهاوي في صدد أخذه بتقسيم الظروف الى خارجية وداخلية — ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف (٤٥) •

والغالب أن يلجأ القاضى في تعيين مدى واجبات فاعل الضرر عند نظره دعوى المسؤولية المدنية الى اعتبار نفسه الرجل العادى الذى يقاس بمسلكه مسلك الفاعل ، فيتصور نفسه موجودا في مثل ظروف الفاعل التى يجب أن يقام لها وزن في تقصى مسلك الرجل العادى ويتسائل كيف كان يسلك في هذه الظروف ، ويحاسب الفاعل على أساس هذا السلوك الذى يتصوره • وإذا كان الأمر متعلقا بشأن من الشئون الفنية ، فانه يلجأ في ذلك الى خبير ، ويكون الخبير بدوره ميالا الى أن يتصور نفسه في موضع الفاعل وفي مثل ظروفه المذكورة وأن يتخيل كيف كان يسلك في هذه الظروف ثم يحاسب الفاعل على أساس هذا السلوك •

غير أنه يخشى من هذه الطريقة أن يصير القضاء في دعاوى المسؤولية متأثرا بالميزات الشخصية لكل قاض على حدة ، فتختلف الأحكام من قاض الى آخر ، لا بحسب المميزات الخاصة بالمستولين ، بل بحسب الصفات والميول الشخصية للقضاة ، مع ما في ذلك من مجافاة للعدالة •

لذلك يكون آمن طريق للأخذ بالمعيار المادى دون وقوع في هذا العيب الأخير هو أن يعول القاضى في تعريف مسلك الرجل العادى على

العرف والعادات ، فيقتساء مثلما عما جرى عليه عرف المهنة في ظروف معينة بقطع النظر عما كان يفعله هو لو وجد في هذه الظروف . فإن رجوع القاضي مثلا في تعيين واجبات الطبيب الى ما جرت عليه عادة الأطباء في ظروف مماثلة يكون أقرب الى الحقيقة والواقع من أن يتخيل هو طبيبا عاديا أو أن يضع نفسه موضع الفاعل في تلك الظروف .

ولا غضافة في الرجوع في ذلك الى تلك العادات ، لأنها تمثل ما يجري عليه أوساط الناس في كل بيئة أو مهنة على حدة ، ولأن المشرع نفسه كثيرا ما جرى على تقنين هذه العادات . ومن أهم الأمثلة على ذلك تقنيته قواعد المرور وتقنيته آداب مهنة الطب .

وليس المقصود بالعادات التي يرجع اليها في ذلك تلك العادات التي وصلت الى درجة العرف الملزم فحسب ، بل كل عادة درج عليها الناس ولو لم يعتبروها ملزمة ، لأن مجرد وجود العادة يدل على أنها تمثل ما يجري عليه عامة الناس ويجعلها بهذه الصفة صالحة للتحويل عليها باعتبارها تعبيراً عن مسلك الرجل العادي الذي اعتمدناه كمعيار لتعيين مدى الواجبات القانونية (٤٦) .

على أنه يلاحظ أنه قد توجد عادات قبيحة أو مخالفة لما تقتضي به قواعد الأخلاق أو المبادئ القانونية الأولية ، كما لو جرت عادة سائقي السيارات في بعض المناطق الجبلية على المبالغة في السرعة اعتمادا على مهارتهم ومعرفتهم التامة لتلك المناطق ، ففي هذه الحالة يتعين على

(٤٦) انظر احكام النقض الفرنسي في هذا الشأن في رسالة رابو سالفة الذكر ص ٩٤ وما بعدها ، وانظر نقض جنائي مصري ٣ مايو ١٩٤٣ المحابة ٢٦ - ١١ - ٤ وقد جاء فيه أنه « اذا استخلصت المحكمة بما اوضحته من الأدلة أن المتهم اخطأ اذ خالف ما تواضع عليه الناس اثناء المرور في الطرقات ، وذلك بأن سار بسيارته مسرعا فوق شريط الترام ، فوقع في الحادث الذي يسأل عنه ، فلا يقتل منه ان يجادل في ذلك امام محكمة النقض » .
(٤٧) في هذا المعنى رودير نبذة ١٤٠١ ، مازو نبذة ٩٤ و ٥١١ .

القاضي أن ينقى العادات من شوائبها قبل أن يأخذ بها لأن وظيفته لا تقتصر على تقصى العادات وتطبيقها ، بل إن له أن يأخذ منها فقط بما يراه عادلا وفي مصلحة المجتمع ، غفى المثل المتقدم لا يقيم القاضي وزنا لما جرت عليه عادة السائقين من القيادة بسرعة جنونية (٤٨) ، وكذلك إذا جرت عادة الأطباء والجراحين على أن يتصرفوا في أداء أعمالهم الفنية بطريقة مخالفة حسن البصر ، تخين على القاضي أن يطرح هذه العادة وألا يعول عليها في تعيين مسلك الرجل العادي (٤٩) .

(٤٨) 'قرب في هذا المعنى رابون من ١٠٠ نبذة ٨٤ ، وانظر ريكول في المسؤولية المدنية (دروس بقسم الدكتوراه بالجامعة المصرية سنة ١٩٢٧ - ١٩٢٨) ص ٣٢ حيث يقول :

Ainsi c'est l'usage commun c'est-à-dire la conduite du technicien du spécialiste en la matière qui détermine le point de savoir s'il y a faute ou non. Un usage naît et prend, corps dans chaque matière dans chaque branche d'activité et c'est lui qui détermine d'un point de vue social le point où la faute commence et il n'y a point faute dès qu'on s'est conformé à l'usage. Il faut ajouter que le point de vue social s'il exclut le point de vue individualiste ne saurait exclure le point de vue moral. L'individu reste tenu en cas d'imprudence ou de négligence qui viendrait précisément heurter le point de vue moral ; ainsi, l'habitude des conducteurs d'automobiles de se livrer à un excès de vitesse, ne saurait les exomérer des suites de leur imprudence».

وفي هذا أيضا يقول روبيير في ص ٢٥ نبذة ١٤٠٣ :

«On objectera que les usages peuvent être routiniers, qu'ils ne sont pas toujours bons que les tribunaux ont donc parfois raison de s'en évader. Sans doute mais c'est le rôle naturel du droit. Le droit n'est pas la transposition de la matière sociale».

(٤٩) في هذا المعنى ملازو نبذه ٥١١ .

(٢) عدم جواز الخيرة بين المسئولين

العقدية والتقصيرية

في قضاء محكمة النقض المصرية (*)

مسألة الخيرة بين المسئولين العقدية والتقصيرية تفترض أن فعلا ضارا واحدا يشكل في الوقت ذاته اخلالا بالتزام عقدي وانتهاكا لواجب قانوني ، أى انه تتوافر فيه شروط كلتا المسئوليتين معا . ويتحقق ذلك مثلا في حالة الحادث الذى يصيب الراكب بفعل أمين نقل الركاب وفي حالة الضرر الذى يحدث للمريض بسبب العلاج الذى يصفه له طبيبه .

ومن المعلوم أن هاتين المسئوليتين ، رغم أنهما تتحدان في أن كلا منهما تشكل التزاما بتعويض ضرر نشأ عن اخلاص بالتزام سابق تخضعان لنظامين مختلفين يتميز كل منهما بأنه يتيح للمضرور بعض المزايا التى لا يتيحها له النظام الآخر . ففي مجال المسئولية العقدية يتمتع المضرور بإعفاءه من عبء اثبات الخطأ متى كان الأمر يتعلق بالاخلاق بالتزام بنتيجة ويجوز له الاحتفاء بالتقادم طويل المدة وتقادى التمسك ضده بالتقادم القصير المدة في الحالات التى يكون فيها الفعل الضار جريمة جنائية فتسقط الدعوى العمومية فيها بعدة أقل من مدة التقادم العام (ستة أشهر أو سنة أو عشر سنوات بحسب ما اذا كان الفعل الضار يشكل

(*) هذه ترجمة بحث نشر باللغة الفرنسية بعنوان :

La Cour de cassation égyptienne contre le cumul des responsabilités. Proche-Orient-Études juridiques. في مجلة :

التي تصدر في بيروت عن كلية الحقوق والعلوم السياسية عدد مايو ديسمبر ١٩٦٨ ص ٢٣٥ وما بعدها .

مخالفة أو جنحة أو جنابة) . وبالعكس من ذلك تكون للمضروب بعض المزايا في التمسك بأن مسؤولية المدعى عليه تقصيرية ، وبخاصة إذا كان لديه الدليل على خطأ المفاعل ولا يشكل أمر اثباته عبئاً بالنسبة إليه ، أو إذا كان في حالة من الحالات التي يفترض فيها خطأ المفاعل أو يفترض فيها مسؤولية هذا الأخير ، لأنه في هذه الحالات يستطيع أن يحصل على تعويض كامل يغطي ليس فقط الأضرار التي كانت متوقعة كما في نظام المسؤولية العقدية ، بل كافة الأضرار متوقعة كانت أو غير متوقعة ، فضلاً عن مزايا أخرى يخولها له نظام المسؤولية التقصيرية كاستبعاد اتفاقات رفع المسؤولية أو تضيقها في حدود معينة ، ومزية إقامة الدعوى إلى المحكمة التي وقعت في دائرتها الجريمة ، والتخلص من تقصير مدة التقادم تقصيراً منصوصاً عليه في العقد كالتصوصم التي تدرج عادة في عقود النقل ، ومساعدة ناقص الأهلية أو الزام المسؤولين عن الفعل الضار بالتضامن فيما بينهم ، وبالعكس من ذلك يكون من مصلحة المدعى عليه ، في دعوى المسؤولية التمسك بنظام المسؤولية العقدية لتفويت كل هذه المزايا الأخيرة على خصمه المطالب بالتعويض (١) .

إذ لك "ثار التساؤل عما إذا كان يجوز للمضروب في الحالات التي تتوالت فيها في الفعل للضار شروط قيام كلتا المسؤوليتين أن يختار من بين النظامين ، والدعوى المقررة لهما ، الدعوى التي تكون أميز له ، أو إذا كان بالعكس من ذلك توجد قواعد تستبعد في كل حالة إحدى الدعويتين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى المسؤولية العقدية ، وتجعل سلوك سبيل الدعوى الأخرى هو المتعين وخذ .

(١) انظر في هذه الفروق بين المسؤوليتين شيفاني في الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، باللغة الفرنسية ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ . العددان الثالث والرابع ص ٧٦ وما يليها ، فان رين Van Ryb في المسؤولية التقصيرية والعقد باريمس ١٩٣٣ ص ١١ وما بعدها ، دروسنا لطلبة الدكتوراه في المسؤولية المدنية مع التمتع بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٤ / ١٩٥٥ ، وكتابنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، الأحكام العامة سنة ١٩٧١ . (من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية) ص ٢١ وما بعدها .

هذه هي مسألة جواز أو عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقيدية والتقصيرية (٢)، التي كثر الجدل حولها في الفقه والقضاء حتى كثر فيها التحول بين رأي إلى آخر من جانب الفقيه الواحد أو المحكمة الواحدة وتعددت في شأنها البحوث والرسائل حتى بلغت حدا كبيرا (٣) اضطرب بسببها المشرع في بعض البلاد ليخضع الخلاف بنصوص خاصة (٤)، وأصبح من المتعين في البلاد التي لم يتدخل فيها المشرع بنص خاص، أن يصمم هذا الخلاف برأي معين حتى تستقر الأمور في هذا الشأن .

ولا يشوبون هذا التساؤل بمفصلة المسئولية عن الفعل الشخصي بحسب، بل يثور أيضا في حالات المسئولية عن فعل الغير وفي حالات المسئولية عن فعل الحيوانات وعن فعل الأشياء الجامدة أو عن فعل المائتي التي تكون في حراسة الشخص عندما يوجد بين المضرور وحارس الشيء الذي نشأ الضرر بفعله تعاقد يشول نشاط ذلك الغير أو استعمال ذلك الشيء .

(٢) وكثيرا ما تسمى هذه المسألة مسألة الجمع أو عدم الجمع بين المسئوليتين العقيدية والتقصيرية . انظر فيما يتعلق بالتمييز بين الخيرة وبين الجمع بين المسئوليتين بولكن في المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية المشار اليه آنفا ، وكذلك دودوستة لطلبة الدكتوراه ملته ١٩٥٤ / ١٩٥٥ .

(٣) انظر بصفة خاصة علي سبيل المثال بران Brun في صلات المسئولية العقيدية والمسئولية التقصيرية ونطاق كل منهما مع مقدمة بقلم جوسرائ ، باريس ١٩٣١ ، فان رين Van Ryn في المسئولية التقصيرية والفقود مع مقدمة بقلم مايك R. Maesq ، باريس ١٩٣٣ ، رودير Rodière في دراسات في ازدواج نظام المسئولية المدنية ، جوريسكليسر الدوري سنة ١٩٥٠ ص ٨٦١ — ٨٦٨ ، مارتين Martine في الخيرة بين المسئوليتين العقيدية والتقصيرية ، جامعة Caen سنة ١٩٥٤ منشورة بباريس سنة ١٩٥٧ .

ستيفاني في الخيرة بين المسئوليتين العقيدية والتقصيرية ، مجلة القانون والاقتصاد ح ١٨ ، سنة ١٩٢٨ الصفحة الاولى وما بعدها ، وتقرير للمؤتمر الدولي للسناس للقانون المقارن المنعقد في بروكسل سنة ١٩٦٣ منشور في مجموعة المؤتمرات الجزء الثالث ص ١٢٩ وما بعدها .

(٤) انظر بوجه خاص المواد ١٢٩ وما بعدها من تقنين الانبزامات والعقود اللبناني وهي تبدو انها تأخذ بنظرية الخيرة . وانظر تيسر Boyer لهذه النصوص في بحثه في الخيرة بين المسئوليتين العقيدية والتقصيرية سنة ١٩٦٤ .

غفى هذه الحالات الأخيرة يرتفع عن المدعى بالمسؤولية التقصيرية أهم ما يثقل كاهله وهو عبء اثباته خطأ المدعى عليه وذلك بفضل نص المشرع على افتراض خطأ المدعى عليه أو افتراض مسؤوليته ، الأمر الذى يجعل للمدعى كل المصلحة فى تكييف دعواه بأنها دعوى مسؤولية تقصيرية ، ولا سيما اذا روعى فى الاعتبار قضاء المحاكم الذى يجعل الارتباط بين الدعوى المدنية والدعوى العمومية من حيث تقدمها مقصورا على الدعوى المدنية المبنية على الفعل الشخصى ولا يتعداها الى الدعوى المدنية المبنية على الخطأ المفترض أو المسؤولية المفترضة .

لذلك يتعين أن نبحث المسألة فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصى أولا ، ثم نبحث فيما يتعلق بالمسؤوليات المفترضة فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى .

(أولا) - فى القانون الفرنسى :

(١) فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصى :

(١) آراء الشراح :

انقسم الفقه زمانا طويلا فيما يتعلق بهذه المسألة .

استند أنصار الخيرة بين المسئولين الى أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الخروج عليها بالاتفاق على ما يخالفها ، اذ أن وجود عقد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار حتى عندما يكون الضرر ناجما عن الاخلال بالتزام ناشئ من هذا العقد لا يمكن أن يحول دون تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية ولو كان العقد يتضمن شرطا باعفاء الدين من المسؤولية العقدية أو بالحد من هذه المسؤولية ، لأن العقد اذ ينظم علاقات طرفيه يقتصر على ترتيب الالتزامات العقدية التى ارتضاها الطرفان ولا يستطيع أن يعفى أيا

منهما من الالتزامات التي يفرضها القانون ، ومن ثم يجوز للدائن أن يلجأ إلى أحكام المسؤولية التقصيرية إذا كانت أحكام المسؤولية العقدية لا تكفل له الحماية الكاملة ولو كان قصورها عن ذلك راجعا إلى تضمن العقد شرطا يعفى الدين من المسؤولية (٥) .

وقد استند هؤلاء الشراح في رأيهم إلى أحكام القضاء الفرنسي القديم المتعلقة، بأثر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية حيث كانت تلك الأحكام لا تعترف لهذا الشرط بالقدرة على اغفاء المدين من مسؤوليته ، بل تعتبر أثره مقصورا على قلب عبء الإثبات فقط ، بحيث تكون نتيجته منح المدين إعفاء مؤقتا من المسؤولية إلى أن يتمكن الدائن من إثبات خطأ وقع من المدين ، واستبطوا من ذلك أن المحاكم كانت تعتبر أن شرط الإعفاء من المسؤولية بمجرد رفعه المسؤولية العقدية عن المدين كان يكشف عن المسؤولية التقصيرية المقررة بنص متعلق بالنظام العام ويجب على المضرور - وهو الدائن بالتعويض - إثبات خطأ مدينه مرتكب الفعل الضار .

أما الراغضون للخيرة بين المسؤوليتين ، فهم غريقان :

الفريق الأول يهاجم رأسا فكرة تعلق أحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام في مجموعها ، ويرى أنه إذا كان بعض الالتزامات القانونية التي يستتبع الإخلال بها المسؤولية التقصيرية تتعلق حقيقة بالنظام العام لأن الإخلال بها يهدد بالصالح العام مباشرة أي بالصالح الجماعة

(٥) انظر في هذا المعنى الوترى ورو طوط ج ٦ ص ٣٧١ ، بلكبول في الموجز ج ٢ نبذة ٨٧٣ وما بعدها ، وتعليق له في دالوز إلدوري ١٩٠٧ - ٢ - ٩٧ ، بونكاس في ملحق بودري لاكانتيزي ج ٢ القسم الثالث الفصل الرابع نبذة ٥٠١ ، وفي الفقه البلجيكي فان رين السالف فكره في الهامش ١ ص ١٣ وما بعدها ، وفي المجلة النقدية للقضاء البلجيكي سنة ١٩٥٧ ص ٢٩٧ إلى ٣٠٩ ، وفان هيك Van Hecke في المجلة ذاتها سنة ١٩٦٠ ص ٢١٥ وما بعدها .

بأسرها ، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة إليها جميعا ، إذ أن كثيرا منها لا يمس الاخلال بها سوى صوالح فردية ، ومن ثم فإن الأفراد يجوز لهم — باتفاقات يعقدونها — أن يعفوا بعضهم بعضا من المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالالتزامات القانونية التي من هذا النوع الأخير ، وبالتالي يكون اتفاق المتعاقدين على ترتيب العلاقات بينهم بشكل معين منطويا على شرط ضمنى باستبعاد المسؤولية التقصيرية ، على الأقل تلك المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالالتزام قانونى من الالتزامات التي لا تتعلق بالنظام العام (٦) ، ويقصر هذا الفريق من الشراخ الالتزامات القانونية التي تتعلق بالنظام العام على الالتزامات القانونية بضمائم سلامة الأشخاص وعلى الالتزامات القانونية الأخرى المعقدة عليها قانونا . أما ما عدا ذلك من التزامات قانونية فلا يتعلق بالنظام العام ، ويجوز للمتعاقدين استبعادها والاتفاق على ما يخالفها ، وحينئذ يلتزم الماقدان بالعقد شريعة المتعاقدين ويخضعان لأحكامه فقط بما يحياها أحكام المسؤولية العقدية .

أما الفريق الآخر من الرافضين للخبرة بين المسئولتين فلا يرى داعيا لمهاجمة فكرة تعلق الالتزامات القانونية وأحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام ويكتفون بالقول بأن هذه الأحكام حتى مع التسليم بتعلقها بالنظام العام لا توجه الخطاب إلى المتعاقدين ، بل إلى غير المتعاقدين فحسب ، بدليل أن المشرع وضع نظاما خاصا لمسئولية المتعاقدين ، ومن ثم فإن أحكام المسؤولية التقصيرية إنما هي أحكام احتياطية يتوقف سريانها على عدم وجود عقد ينظم العلاقة بين المضرور ومرتكب الفعل الضار ، فبتعيين ذلك في كل حالة يوجد فيها عقد أن نجد إطار هذا العقد ونطاق المسؤولية العقدية في هذا الإطار يقطع النظر عن تعلق أحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام أو عدم تعلقها به لأن هذه

(٦) انظر في هذا المعنى بوابيه ، في الخبرة بين المسئولتين العقدية والتقصيرية المشار إليه آنفا .

الأحكام لا مجال لحسماتها في نطاق العقد • فإذا توافرت شروط المسؤولية العقودية كانت أحكام هذه المسؤولية هي وحدها الواجبة التطبيق وامتنع بالتالى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية (٧) •

وقد رجحت في الفقه حجج هذا الفريق الأخير (٨) ، وأيدها كثير من أحكام القضاء ، ولم يبق في صف معارضتها — حسب قول لالو — سوى الفقيه العلامة جوسران ، وهو ينتقل عن هذا الأخير قوله : « ان نص المادة ١٣٨٢ مدني يتسم بكبر قدر من صفة العموم » وينفذ حتى الى دائرة العقد حيث انه يحكم حتى ببعض الأخطاء التي تقع في تكوين العقد أو في تنفيذهم • ومن ثم يجب أن نرى فيه دستور الحياة في المجتمع (٨ مكرر) » • ويعقب لالو على ذلك قائلا : ولكن الاجماع يكاد أن يكون منبعا على هجر نظرية الخيرة ، ثم يقول : « وعندى أن هذا الرأي معقول ، لأنه اذا كانت المسؤولية في بعض العقود مخففة بسبب خدمة أداها أحد الطرفين الى الآخر أو بسبب تفاوت أداءات الطرفين ، فلا يجوز أن يسمح لأحدهما أن يزيد مسؤولية الآخر لمجرد تمكنه من تثبيت خطأ هذا الأخير » (٩) •

علي أنه يجدر التنويه بأن عبارات جوسران السالف إيرادها لا

- (٧) انظر عرضا مفصلا للأراء المختلفة في هذا الموضوع في رسالة مارتين الثانية سطلقة للإشارة إليها في الهلشن ٣ (ص ٤٨ وما بعدها) •
- (٨) انظر بوجه خاص لاييه تعليق في سيري ١٨٨٥ — ٤ — ٢٥ ، بلانيول تعليق في دالوز السدوري ١٩٠٨ — ٢ — ٩٧ ، فيرون Ferron تعليق في سيري ١٩٢٢ — ٢ — ٢٣٤ ، سالي في النظرية العامة للالتزام نبذة ٣٣٢ ، فيموج ج ٥ نبذة ١٢٤٤ ، كولان وكليبتان ط ١٠ ج ٢ نبذة ٣٩٧ ص ٢٨٩ ، بيرسون ودي فيليه في شرح المسؤولية المدنية بروكسل ١٩٣٥ ج ١ نبذة ٢٧ ، مازو في المسؤولية المدنية ج ١ نبذة ١٩٢ وما بعدها ، رودير في المسؤولية المدنية ص ٣٠٨ نبذة ١٦٩٠ ، مارتين في الخيرة بين المسئولين باريس ١٩٥٧ ص ٦٧ ، لالو في المسؤولية المدنية ط ٦ سنة ١٩٦٢ ص ٤١٤ نبذة ٦٢٧ ، بران في المرجع السالف ذكره •
- (٨ مكرر) جوسران في روح الحقوق ونسببتها نبذة ٢٤٠ •
- (٩) لالو في الوضع المثار اليه آنفا •

تمثل رأيه النهائي ، حيث انه قد ارتد هو عنه في كتاباته اللاحقة سواء في شرحه للقانون المدني (ج ٢ نبذة ٤٨٤ وما بعدها) أو في شرحه لعقد النقل (الطبعة الثانية سنة ١٩٢٦ نبذة ٦٢٨) حيث يقول : « وفي رأبي ان القول بأن شرط عدم الضمان يستبعد المسؤولية التقصيرية قول غير دقيق ، لأن هذه المسؤولية تستبعد أصلا بمجرد ابرام العقد ، عقد النقل ، ولأن تعايش نظامي المسؤولية التقصيرية والتعاقدية قيما يتعلق بالاخلال بالتزام واحد ، غير مقبول عقلا ، فالمسؤولية العقدية تطرد المسؤولية التقصيرية وتحل محلها ، فطالما أن شخصا كأمين النقل مثلا يلتزم بمقتضى عقد النقل بالالتزام بالامتناع عن اتلاف الأشياء الموهود اليها ينقلها أو عن التسبب في ضياعها فانه ينحصر عنه في هذا الصدد حكم المسؤولية التقصيرية . والمواد ١٣٨٢ مدني وما بعدها انما تشكل دستور الحياة في المجتمع بالنسبة الى العلاقات غير العقدية ، فقد وضعت هذه النصوص لتطبيقها على غير المتعاقدين فيما بينهم ، لا على الأشخاص الذين تربطهم علاقة تعاقدية ، على الأقل فيما يتعلق بعلاقات هؤلاء التي تولى العقد تنظيمها » .

لذلك لا يصح القول بأن العلامة جوسران قد خرج وحده عن اجماع الفقه الفرنسي الذي انعقد على عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية (١٠) .

(٢) موقف القضاء :

أبدى القضاء الفرنسي أول الأمر كثيرا من التردد في شأن جواز الخيرة وعدمه ، فصدرت أحكام عديدة في كل من الاتجاهين المتعارضين ، بل أن محكمة النقض ذاتها لم تسلم من هذا التردد قبل أن تستقر نهائيا

(١٠) يقول مستارك ص ٤٣١ من رسالته :

La théorie de l'option n'a presque pas de défenseur aujourd'hui.

على الرأي القائل بعدم الخيرة بين المسئولتين • ونعرض فيما يلي بعض الأحكام الهامة التي تبين مراحل تطور القضاء في هذا الشأن •

في حكم صادر بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩١١ قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بعدم اختصاص المحكمة التي وقع في دائرتها للفعل المضار التي رغعت اليها الدعوى بالتطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية لأن الضرر كان ناشئاً من إخلال بالتزام عقدي ولأن العقد كان يخول الاختصاص الى محكمة معينة غير المحكمة التي وقع في دائرتها ذلك الإخلال (١١) •

وفي حكم آخر بتاريخ ١١ يناير ١٩٢٢ قضت برغض مسائلة المدين عن خطئه اليسير جداً pour faute très légère لأن هذه المسؤولية لا تقوم الا على أساس المادة ١٣٨٢ وما بعدها ، ولأن هذه النصوص لم تكن تنطبق على الدعوى المطروحة اذ أن الخطأ الذي كان التعويض مطلوباً عنه كان إخلالاً بالتزام عقدي (١٢) •

وبتاريخ ٦ أبريل ١٩٢٧ قضت برغض التضامن بين مدينين أدخلوا بالتزاماتهم العقدية لعدم وجود نص في العقد على إلزامهم بالتضامن وقررت أن التضامن بين مرتكبي الفعل المضار لا مجال لتطبيقه في الحالات المطروحة ، وجاء في احدى حيثياتها قولها : وحيث ان قاعدة ان كل خطأ سبب للغير ضرراً يوجب مسؤولية فاعله لا تسري الا في حالات الجرائم

= أنه لم يعد في الوقت الحاضر مناصر لنظرية الخيرة بين المسئولتين من ٤٣١ • انظر مع ذلك رسائليتي في المسؤولية المدنية ج ١ نبذة ١٤٨ وما بعدها ، جوبريل Joubrel في مسؤولية الأطباء ، رسالة دكتوراه من جامعة رين Rennes سنة ١٩٣٩ ، فان رين المشار اليه آنفاً ص ١٥٣ •

(١١) نقض مدني ٢١ نوفمبر ١٩١١ دالوز ١٩١٢ — ٣ — ٢٤٩ وسيرى ١٩١٢ — ١ — ٧٢ • وفي هذا المعنى أيضاً نقض مدني ١٤ يناير ١٩١٨ دالوز ١٩١٩ — ١ — ٦٨ ، وسيرى ١٩٢٠ — ١ — ٧٥ •
(١٢) نقض مدني ١١ يناير ١٩٢٢ سيرى ١٩٢٤ — ١ — ١٠٥ ، دالوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦ •

المدنية (الجنج وأشباه الجنج) وان هذه القاعدة غير واجبة التطبيق في الحالة المطروحة لأن الضرر فيها كان نتيجة خطأ في تنفيذ التزام ناشئ من عقد (١٣) .

وقد تواترت بعد ذلك في هذا المعنى عدة أحكام من الدائرة المدنية ذاتها (١٤) .

غير أن الخلاف الذي وجد في الفقه أول الأمر كان له صدى في أحكام دائرة العرائض ، فقد أقرت هذه الأخيرة جواز الأخيرة وأصدرت عدة أحكام بتطبيق بعض قواعد المسؤولية التقصيرية في قضايا طرحت عليها بشأن علاقات فيما بين المتعاقدين (١٥) ، إلا أنها عدلت عن ذلك واعتنقت منذ سنة ١٩٣٦ قضاء الدائرة المدنية برغص الأخيرة بين المسئولين (١٦) .

- (١٣) نقض مدني ٦ ابريل ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ٦١١ ، سري ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١ مع تعليق من هنري لازو .
- (١٤) نقض مدني ٢٤ يولييه ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ — ٥٢٣ ، نقض مدني ٢٢ يولييه ١٩٣١ دالوز الاسبوعي ١٩٣١ — ٥٠٦ ، نقض مدني ٢٢ مايو ١٩٣٣ دالوز الاسبوعي ١٩٣٣ — ٣٩٥ ، سري ١٩٣٣ — ١ — ٢٦٣ ، نقض مدني ٩ يناير ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ — ١ — ٤٩ ، نقض مدني ٦ مارس ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ — ٢١٧ ، نقض مدني ٦ مايو ١٩٤٦ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٦ — ٣٠٩ ، نقض مدني ١٠ يونيه ١٩٤٩ غازيت القضاء ١٩٤٩ — ٢ — ٣٥٢ ، نقض مدني ٧ يناير ١٩٥٥ مجموعة محكمة النقض ١٩٥٥ — ٢ — ٥ ، نقض مدني ٣٠ اكتوبر ١٩٦٢ دالوز ١٩٦٣ — ٥٧ وتعليق إسبان جروسكلاسر ١٩٦٢ — ٢ — ١٩٢٤ وتعليق سبانييه ، (١٥) انظر بوجه خاص في هذا المعنى عرائض ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠٥ ، عرائض ٢٥ فبراير ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ — ٢١١ ، عرائض اول مارس ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٦ مايو ١٩٣٣ ، وقد سايرت عدة محاكم استثنائية دائرة العرائض في ذلك ، انظر الجزائر ٩ يناير ١٩٢٤ غازيت القضاء ١٩٢٤ — ١ — ٥٥٨٧ ، باريس ٥ فبراير ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ١ — ٦٣١ ، باريس ٥ فبراير ١٩٣٦ الاسبوع القانوني ١٩٣٦ — ٢ — ٣٠٨٦ وتعليق كوست .
- (١٦) انظر بوجه خاص في هذا المعنى نقض عرائض ٩ مارس ١٩٣٦ دالوز الاسبوعي ١٩٣٦ — ٨٢٣ ، ٨ مارس ١٩٣٧ سري ١٩٣٧ — ١ — ٢٤١ دالوز ١٩٣٨ — ١ — ٦٧٦ ، ١٥ يونيه ١٩٣٧ غازيت المحاكم ٢٨ =

وكذلك فعلت الدائرة الاجتماعية محكمة النقض وقد جاء في حكم لها بتاريخ ١٠ يونيه ١٩٤٩ ما يلي : وحيث أنه يبين من نص المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها أن هذه النصوص لا شأن لها بالعلاقات فيما بين العاقدين ولا تسرى على الاخلال بالالتزام الناشئ من العقد ، اذ لا يجوز التقاضي عن العقد في تقدير المسؤولية في الحالة المطروحة (١٧) .

وبذلك تم حسم الخلاف في القانون الفرنسى حول مبدأ عدم الخيرة ، فأصبح الاجماع يكاد أن يكون منقدا في الفقه وفي القضاء على رفض نظرية الخيرة من حيث المبدأ (١٨) .

نقوله « من حيث المبدأ » لأن الفقه والقضاء بعد أن اتفقا على مبدأ عدم الخيرة بين المسئولين ، رأوا يوردان بعض الاستثناءات على هذا المبدأ ، وهذه الاستثناءات لا تزال محل خلاف نعرض له فيما يلي :

(٢) الاستثناءات :

هناك استثناء واحد على الأقل مسلم من الجميع وهو في حالة الخطأ العقدى الذى يشكل في الوقت ذاته جريمة جنائية عمدية ، غفى هذه الحالة يكاد يكون الاجماع منقدا على أنه يجوز للمضروب عند مطالبة

= أكتوبر ١٩٣٤ ، ٢٨ يونيو ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ - ٥٦٢ ، ١١ نوفمبر ١٩٤٢ غازيت القضاء ١٩٤٣ - ١ - ٦٤٤٢ مارس ١٩٤٥ دالوز ١٩٤٥ - ١ - ٢٢٧ .

(١٧) نقض (اجتماعى) ، ١٠ يونيو ١٩٤٩ ، غازيت القضاء ١٩٤٩ - ٢ -

٣٥٢ .

(١٨) وقد صدرت بعض أحكام من محاكم الاستئناف ومن المحاكم الابتدائية قبلت مطالبة الدائن مدعيته بتعويض عن الاخلال بالتزامه العقدى على أساس المسئولية التقصيرية ، ويلاحظ أن بعض هذه الأحكام تتفق مع اعتبارها استثناء من مبدأ عدم الخيرة بين المسئولين . أما البعض الآخر فيتعارض صراحة مع هذا المبدأ . انظر هذه الأحكام في رسالة مارتن في الخيرة بين المسئولين المدنية والتقصيرية باريس ١٩٥٧ ص ٢٢ وما بعدها .

الفاعل بالتعويض أن يستند إلى أحكام المسؤولية التقصيرية (١٩) .

فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة جنائية غير عمدية ، فإن بعض الشراح يتحفظون في ذلك (٢٠) ولكن الكثرة الغالبة لا تفرق في هذا الشأن ، وترى أنه سواء كان للخطأ العقدي يشكل جريمة مدنية أو يشكل فقط شبه جريمة مدنية ، فلا يمكن حرمان المضرور من الادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية . ولما كان أساس دعواه المدنية هو الجريمة المدنية ، فإنه يجوز له أن يتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية سواء أمام المحاكم الجنائية أو أمام المحاكم المدنية (٢١) .

وبما أنه مسلم عند الغالبية العظمى من الشراح بأن حالة الجريمة الجنائية غير العمدية مستثناة من مبدأ عدم الخيرة بين المسؤولتين ، فيجب أن يكون الأمر كذلك من باب أولى في حالتى الجنحة المدنية والغش الذى يقع من المدين ، لأنهما يعتبران جنحة عمدية ولو أنها ليست جنائية ، لأن وقوع الغش من جانب المدين يدل على أنه قصد خرق العقد ، وهذا يكتفى لحرمانه من التمسك بالحماية التى كان يمكن أن يسبغها عليه العقد ، فيسلم هؤلاء الشراح بأنه يجوز مساءلة المدين في هذه الحالة طبقا

(١٩) أنظر بوجه خاص لابسيه تعليق في سري ١٨٨٦ — ١ — ١ ، ديپولونب ج ٣١ نبذة ٤٧٨ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٤٦٣ ، لارومبيير ج ٧ تحت المادة ١٢٨٢ نبذة ٩ ، أوبزو ورو ط ٥ نبذة ٤٦ ، جوسمان تعليق في دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠١ ، بران في نطاق كل من المسؤولتين العقدية والتقصيرية نبذة ٢٠٥ وما بعدها ، وقارن عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٢ ، مارتين ص ١٥٧ ، رودفيير نبذة ١٦٨٨ ، ديزان في شروط الاعفاء من المسؤولية ص ٣٩٨ ، بواييه في مؤلفه السابق الإشارة إليه ص ٥ ، نقض جنائي ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٧ — ١٤ — ٢٢ أبريل ١٩٥٠ جوريسكلاسير ١٩٥٠ — ٢ — ٥٦٩ .

(٢٠) مازو وثولك ج ١ نبذة ٢٠٤ ، فيموج تعليق في سري ١٩٢٤ — ١ — ١٠٦ ، هنرى ولييون مازو في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٧ ص ١٩١ .

(٢١) لالو ط ٦ نبذة ٦٢٣ ، بران نبذة ٢١٢ ، نقض مرائض ٢٧ يوليو ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ — ١ — ٥ ، نقض جنائي ١٢ ديسمبر ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٧ — ٩٤ — استئناف كس ١٢ يناير ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ — ٣٣٨ .

لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا وجد الدائن مصلحة له في ذلك (٢٢) .

ويسوى بغش المدين خطؤه الجسيم طبقاً للنظرية التقليدية التي تسوى بين هذين النوعين من الخطأ (٢٣) . ولأن عدداً كبيراً من الشراح يعتبرون أن المهنين لا يسألون في أعمال مهنتهم إلا عن خطأهم الجسيم ، فهم يصلون إلى حد اجازة الخيرة بين المسئولين في محاسبة المهنين عن أخطائهم في أعمال مهنتهم (٢٤) .

(ب) فيما يتعلق بالمسؤوليات المفترضة ، سواء المسئولية عن فعل الغير أو المسئولية عن فعل الأشياء :

إن حالات المسئولية المفترضة ، سواء عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء ، تتميز بأن الضرر فيها يكون مغطى من عبء اثبات خطأ الشخص الذي يعتبره القانون مسئولاً عن فعل غيره أو عن فعل الأشياء التي تكون في كراسته وذلك يمحى الفرق من حيث عبء الإثبات بين

(٢٢) جوسران في تعليق في دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٠٥ ، وفي كتابه البواحي في القصرات القانونية نبذة ١٧١ وما بعدها ، رينير في القواعد الخلقية نبذة ١٥٧ وما بعدها ، فوازينيه في الخطأ الجسيم في القانون الفرنسي الخاص ، رسالة من جامعة ديجون سنة ١٩٣٤ ص ٢٣٥ وما بعدها . وقارن عكس ذلك لإبيه في تعليق في سيري ١٨٨٦ - ١ - ٦ ، مازو ج ١ نبذة ٢٠٥ و ٢٠٦ ، مارتين ص ٤٤٢ ، ونقض مرائض ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٨٠ ، استئناف باريس ١٦ ديسمبر ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ - ٨٠ . (٢٣) راجع في هذه النظرية والتعديلات التي أدخلت عليها مازو ج ١ نبذة ٦٧٥ / ٢ ، وقارن مارتين ص ٤٤٨ . (٢٤) أنظر في جواز الخيرة في حالة الخطأ الجسيم كما في حالة الغش بران نبذة ٢٢٢ . وأنظر عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٦ / ٢ ، فوازينيه ص ٢٤٠ . مارتين ص ١٥٢ ، وبوايه ص ٦ . (٢٤) بران نبذات ٢٤٤ و ٢٤٥ و ٣٥٠ ، رينيه مارتان في الخطأ المهني وبخاصة في المهن الحرة ، رسالة من جامعة ليون سنة ١٩٣٤ ص ١٦٥ . وما بعدها ، سافاتيه J. Savatier في المهنة الحرة رسالة من جامعة بواتييه سنة ١٩٤٧ ص ٣٢١ وما بعدها ، نقض عرائض ٢٦ مايو ١٩٣٢ سيري ١٩٣٢ - ١ - ٣٨٧ ، وأنظر عكس ذلك مازو ج ١ نبذة ٢٠٦ / ٢ ، وبواتييه ص ٦ .

المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وذلك على الأقل في حالة الاخلال بالتزام عقدي بنتيجة ، ولكن تظل قائمة الفروق الأخرى بين نوعي المسؤولية المدنية ، ومن ثم تظل الحاجة الى معرفة ما اذا كانت مسؤولية أحد العاقدين ازاء العاقد الآخر عن الضرر الناشئ من الاخلال بالتزامه العقدي راجعا الى فعل شخص ليس أجنبيا عنه أو الى فعل شيء كان في حراسته تعتبر مسؤولية عقدية بحتة أو مسؤولية تقصيرية بحتة وما اذا كانت تجيز للمضرور الذى يطالب بالتعويض الخيرة بين المسئولتين أو لا تجيز له ذلك . الأصل أن الجواب هنا يجب أن يكون مثل ما رأيناه فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصى لنفس الأنساب وعلى أساس الحجج ذاتها ، أعنى رفض الخيرة وتحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تحديدا قانونيا ملزما . فتكون المسؤولية عقدية كلما وجد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار عقد صحيح ، وكان الضرر نتيجة الاخلال بالتزام ناشئ من هذا العقد ، سواء كان الاخلال راجعا الى الفعل الشخصى للمدين أو الى فعل شخصى ممن يسأل هو عن أفعالهم أو الى فعل شيء في حراسته . فإذا تخلف أى من هذه الشروط ، كانت المسؤولية تقصيرية تخضع لأحكام المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها ، دون الأحكام المتعلقة بالعقد .

غفى مجال المسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية الآباء والأمهات وأرباب الحرف والمتبوعين) يذهب الرأى الراجح الى أن أحكام المادة ١٣٨٤ المتعلقة بمسؤولية هؤلاء ينحصر مجالها في غير العلاقات التعاقدية ، فلا تسرى فيما بين المتعاقدين . فمثلا اذا أودعت آنية طرف شخص ، فانكسرت بخطأ ولده القاصر المقيم معه أو بخطأ تابعه الذى وقع منه فى أثناء أو بسبب تأدية وظيفته ، فلا تطبق على مسؤولية الوديع أحكام المادة ١٣٨٤ ، بل أحكام عقد الوديعة (٢٥) .

(٢٥) رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ، القاهرة سنة ١٩٣٦
النسخة الفرنسية من ٤٢٨ وما بعدها ، Bezzola في مسؤولية الدين

وفيما يتعلق بالمسؤولية من قبل الحيوان يذكر ديموج أن محكمة النقض أجازت تطبيق أحكام المادة ١٣٨٥ في العلاقات فيما بين العاقدین (٢٦) ويشير إلى حكمين قضت فيهما محكمة النقض بتطبيق أحكام المادة ١٣٨٥ مدنى القاضية بلزام حارس الحيوان بتعويض الأضرار التي تحدث للغير بفعل الحيوان الخاضع لحراسته ، فقضت بتطبيق هذه الأحكام في العلاقة بين مالك الحيوان والأشخاص التابعين له والمكلفين من قبله بالعناية بالحيوان أو بقيادته (٢٧) .

وقد تكفل لالو بادجاض هذا الرأي (٢٨) ، فبعد أن أورد أحكاماً أخرى قضت بخلافه (٢٩) انتهى إلى أن حكم المادة ١٣٨٥ يجب كقاعدة عامة استبعاد تطبيقه في العلاقات العقدية ، فهو يقرر أنه في هذا النوع الأخير من العلاقات يتعين الاعتداد بقواعد المسؤولية العقدية وهي فيها عند حالات الغش والخطأ الجسيم - تقضى باستبعاد تطبيق المواد ١٣٨٢ مدنى وما بعدها المتعلقة بالمسؤولية العقدية ، ويستطرد فيقول إن هذه الملاحظة لها أهميتها ليس بالنسبة للفرق من حيث عبء الإثبات بحسب (نظرنا لأن نص المادة ١٣٨٥ ينشئ مسؤولية مفترضة مثل التي تقع على عاتق المدين التعاقدى ، على الأقل عندما يكون التزامه

بسبب الضرر الذى يسببه معاونوه في تنفيذ التزامه ، جنيف سنة ١٩٣٧ من ١٤٥ خط بعدها ، بكيه في المسؤولية العتبية من فعل الغير ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩١٤ ص ٢٥١ وما بعدها ، ديوج تعليق في سيري ١٩٢٤ - ١ - ١٠٥ ، مازو وتونك ج ١ نبذة ١٧٩ ، سافاتييه ج ١ نبذة ١٥٩ ، لالو نبذة ١١٣ .

(٢٦) ديوج تعليق في سيري ١٩٢٤ - ١٥٠ .

(٢٧) نقض (عرائض) ٢ يولييه ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٤٣١ ،

(مدنى) ٢٨ نوفمبر ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٥٣ .

(٢٨) لالو تعليق على حكم استئناف باريس ١٠ فبراير ١٩٣٧ في دالوز

١٩٣٧ - ٢ - ٧ ، وعلى حكم استئناف باريس ٢٢ أكتوبر ١٩٤١ في دالوز النقدى ١٩٤٢ D.C. ٢٠ .

(٢٩) استئناف ليون ٢١ أكتوبر ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ - ٢ - ٥٩ وتعليق

لالو ، باريس ٢٥ مارس ١٩٥٤ الأسبوع القانونى ١٩٥٤ - ٢ - ٨٠٩٤ .

العقدى التزاما بنتيجة) ، بل أيضا بالنسبة الى مسائل الاختصاص القضائي ، والى مدى المسؤولية من حيث شمول الأضرار غير المتوقعة : والى دفع مسؤولية المدين حيث يجوز للمدين بغير أن يثبت السبب الأجنبي دفع مسؤوليته باثبات أنه بذل فى وهاء التزامه عناية رب الأسرة (٣٠) .

وفيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء الجامدة ، فإن الاضاهة التى أدخلها على نص المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى قانون ٧ نوفمبر ١٩٢٢ قد نصت على قصر تطبيقها فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن الحريق على المسؤولية فيما بين غير المتعاقدين ولذلك فإن الشراح — بما فيهم من لا يزالون يناصرون جواز الخيرة بين المسئوليتين فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصى — يسلمون بأن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى لا ينطبق على العلاقات العقدية طالما أنه قد روعى فى العقد احتمال وقوع الضرر بفعل الشيء (٣١) .

وتطبيقا لهذا المبدأ جرى قضاء المحاكم بأن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى مدنى لا شأن له بحوادث النقل المأجور التى تقع للركاب فى أثناء النقل ، لأن هؤلاء ليسوا من الغير بالنسبة الى أمين النقل بل هم مرتبطون معه بعقد النقل (٣٢) ، ولا بالأضرار التى تصيب المرضى الذين يعالجهم طبيب الأشعة بفعل الآلات التى يستخدمها هذا الأخير فى علاجهم (٣٣) ولا حوادث المصاعد التى تصيب مستأجرى المبنى بفعل

(٣٠) لالو فى المسؤولية المدنية نبذة ١١٣٤ و ١١٣٥ .

(٣١) مسألتيه فى المسؤولية المدنية ج ١ نبذة ١٥٦ وما بعدها ، لالو نبذة ١٢٧٨ وما بعدها ، مازو ج ٢ نبذة ١٤٠٩ وما بعدها ، ملرتين ص ٧٠ وما بعدها .

(٣٢) نقض (عرائض) ١١ نوفمبر ١٩٤٢ غازيت القضاء ١٩٤٢ - ١

٤٢ -

(٣٣) استئناف رين ٥ ديسمبر ١٩٣٥ غازيت القضاء ٦ فبراير ١٩٣٦ ، نقض (عرائض) ١٥ يونيه ١٩٣٧ غازيت المحاكم ٢٨ أكتوبر ١٩٣٧ ، نقض =

المصعد المعد لاستعمالهم (٣٤) .

فيمكن القول بأن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على ذلك (٣٩) ، وان كانت توجد بعض أحكام صادرة من محاكم الموضوع بخلاف هذا الرأي (٣٦) .

والأمر كذلك أيضا بالنسبة لتطبيق المادة ١٣٨٦ مدنى الخاصة بمسئولية مالك البناء عن الأضرار التى تحدث بسبب تهدمه .

وقد أثرت المسألة عملا فى الصلابة بين المؤجرين والمستأجرين ، فقضت المحاكم باستمرار باستبعاد تطبيق المادة ١٣٨٦ فى علاقات المؤجر بالمستأجر باعتبار أن أحكام المسئولية العقدية هى وحدها الواجبة التطبيق فى شأن الأضرار التى تحدث للمستأجر بسبب تهدم البناء المؤجر اليه (٣٧) تأسيسا على أن عقد الإيجار ينشئ فى ذمة المؤجر ، ما لم

= مدنى ٢٧ مايو ١٩٤٠ غازيت المحاكم ١٦ نوفمبر ١٩٤٠ دالوز النقدى ١٩٤١ — ١ — ٥٣ وتعليق ناست .

(٣٤) استئناف بواتيه ٥ ديسمبر ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٤ — ٦١ ، استئناف باريس ٢٧ مايو ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ ٧، ٧٠٧ ويمكن مد هذا الحكم حتى الى الغير الذين يستخدمون المصعد باعتبار ان المستأجر عندما تعاقد مع المالك المؤجر قد اشترط ذلك لمصلحة الغير وان المالك بناء على ذلك ملزم بالتزام بضمان السلامة ازاء المستأجر وايضا ازاء الغير ، الذين لهم صلة بالمستأجر (انظر فى هذا المعنى ماجان Magin فى المجلة الفصلية للقانون الخنى ١٩٣٠ — ٣٩) ، وقرب فى هذا المعنى نقض مدنى ٦ مايو ١٩٤٦ الاسبوع القانونى ١٩٤٦ — ٢ — ٣٢٣٦ تعليق روديير .
(٣٥) نقض مدنى ٩ يناير و ٤ مارس ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ ٧، ٢٤٥ وتعليق سالكاتيه .

(٣٦) السين الابتدائية ٢٣ يناير ١٩٠٣ دالوز الدورى ١٩٠٤ — ١ — ٢٥٧ ، استئناف نيم Nîmes ٤ يونيه ١٩٣٤ دالوز الاسبوعى ١٩٣٤ — ٥٤٨ .

(٣٧) استئناف باريس ١٧ يونيه ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٧ — ٢ — ٩٧ سبرى ١٩٠٥ — ٢ — ٣٠١ ، استئناف بواتيه ٥ ديسمبر ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٤ — ٦١ ، استئناف ليون ٥ فبراير ١٩٥١ جوريسكلاسير ١٩٥١ — ٢ — ٦٥٧٩ دالوز ١٩٥١ — ٥١٨ ، استئناف باريس ٦ مارس =

يتفق على عكس ذلك ، التزاما بضمان سلامة المستأجر وأفراد أسرته وأموالهم (٣٨) ، وبناء على ذلك قصت بأنه يجوز للمستأجر مطالبة المالك بتعويض الأضرار الناشئة من القصور في صيانة المبنى بشرط أن يكون قد أعذره قانونا لاجراء أعمال الصيانة اللازمة طبقا لأحكام المسؤولية العقدية (٣٩) ، ويكون الأمر كذلك حتى بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشخاص المقيمين مع المستأجر أو الذين حضروا لزيارته (٤٠) إذ أن المستأجر يعتبر أنه اشترط على المؤجر التزام السلامة هذا ليس بالنسبة لنفسه فحسب بل بالنسبة لهؤلاء الأشخاص أيضا .

كذلك استبعد تطبيق المادة ١٣٨٦ مدنى في حالة تهدم البناء المعار ، وطبقت في هذه الحالة المادة ١٨٩١ التى تقصر مسؤولية المعير عن الأضرار الناشئة من عيب الشيء المعار على حالة علم المعير بهذا العيب وعدم تبصيره المستعير به (٤١) .

يخلص من ذلك أن المراجع فى الفقه والقضاء الفرنسين أن المواد ١٣٨٢ وما بعدها يستبعد تطبيقها كلما كان بين المضرور والمسئول عن

= ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ — ٢٩٤ ، نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٧ — ٢ — ٩٧ ، (عرائض) أول أبريل ١٩٤١ سىرى ١٩٤١ — ١ — ١١٢ ، وانظر فى هذا المعنى ديمولومب ج ٣١ نبذة ٦٥٩ ، لارومبيير المادة ١٣٨٦ نبذة ٢٣ ، نوران ج ٢٠ نبذة ٦٤١ و ٦٤٤ ، اوبرى ورو ط ٥ ج ٦ نبذة ٤٤٨ ص ٤٣٢ والهالاش ١٤ ، بودرى لاكلتيزى وبارد فى الالتزامات ج ٤ ، لالوط ج ٦ نبذة ١١٥١ ، مارتين ص ٧٩ وما بعدها ، مازو ج ٢ نبذة ١٠٤٦ و ١٠٤٧ ، بران ص ٣١٤ وما بعدها والأحكام التى أشار إليها ، فوزيه — هرمان فى التعليق على القانون المدنى ج ٤ ط ٤ سنة ١٩٣٨ ص ٨٠٦ .

(٣٨) مازو ج ٢ نبذة ١٠٤٧ .

(٣٩) استئناف نيم Nimes ٢ يوليه ١٩٢٩ الاسبوع القانونى ١٩٢٩

ص ١٢١٦ ، لالوط ج ٦ نبذة ٦٣ .

(٤٠) محكمة مامير Mamers الابتدائية ١٥ مارس ١٩٣٢ المجلة

الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٢ ص ٧٩٠ ، لالوط ج ٦ نبذة ٦٣٠ ص ٤١٩ ونبذة ١١٥٢ ص ٦٥٧ .

(٤١) نقض (عرائض) أول أبريل ١٩٤١ سىرى ١٩٤١ — ١ — ١١٢ ،

المجلة الفصلية ١٩٤١ ص ٦٠٩ .

الفعل الضار عقد وكان الضرر نتيجة الاخلال بالتزام ناشئ عن هذا العقد ، ويصدق ذلك سواء فيما يتعلق بحكم المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ أو فيما يتعلق بالمادة ١٣٨٤ وما يليها ، مع التحفظ فيما يتعلق بالاستثناءات التي تقدمت الاشارة اليها والتي مازال الخلاف قائما بشأنها .

(ثانيا) — في القانون المصرى :

(١) في ظل التقنينات الملفة من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٩٤٩ :

بعد أن عرض نظرية عدم الخيرة في دروسه في المسؤولية المدنية ، أبدى والتون انحيازه الى نظرية الخيرة بين المسئوليتين ، سواء هيمما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصى ، أو هيمما يتعلق بالمسؤولية عن تهمد البناء (٤٢) .

ويروى جرانفولان أن المحاكم المصرية أقامت مسؤولية المؤجر عن الأضرار التي أصابت المستأجر في شخصه أو في أمواله في أغلب الأحوال على أساس أحكام الجنع وأشياء الجنع بالرغم من وجود العلاقة العقدية بين المؤجر والمستأجر ، وأقامتها أحيانا على أساس الخطأ

(٤٢) والتون في دروسه في المسؤولية المدنية حيث يقول في ص ٢٧ ان الخطأ يمثل في جميع الأحوال في الاخلال بواجب سابق ، فإذا كان ذلك الواجب ناشئا فقط من عقد فلا يتحقق وجود الخطأ الا من طريق خرق ذلك العقد breach of contract غير أنه اذا وجد الى جانب العقد واجب يقع على أحد طرفي العقد نحو الطرف الآخر ، فإن قيام العقد لن يحول دون مساءلة الطرف الاول عما يحدثه من ضرر بسبب الاخلال بذلك الواجب ما لم يكن ذلك مشترط في العقد ذاته ويكون هذا الشرط ذاته صحيحا ، ثم يستطرد بتطبيق ذلك على الضرر الذى يصيب مستأجر البناء بسبب عيب البناء ، واستنادا الى خلو القانون المصرى من نص مقابل لنص المادة ١٧٢١/٢ مدنى فرنسى الذى يقضى بأن المؤجر يسال عن الضرر الذى يصيب مستأجر البناء بسبب العيب المؤجرة يخلص الى ان المؤجر فى مثل هذه الحالة لا تكون مسئوليته فى القانون المصرى الا مسئوليته تقصيرية (ص ٢٨) ، ثم يعرض بعد ذلك نظرية عدم الخيرة بين المسئوليتين وينتهى الى نبذها مستندا فى ذلك الى بعض آراء الفقه وأحكام المحاكم الفرنسية التى تؤيده (ص ٢٩) .

العقدى ، وأحيانا أخرى على أساس الخطئين العقدى والتقصيرى
مجتمعين (٤٣) •

وكذلك قرر ريكول فى دروسه بقسم الدكتوراه فى الجامعة المصرية
عن المسؤولية المدنية أنه توجد مسؤولية يمكن أن نسميها أنها هى الأصل
responsabilité de droit commun يخضع لها جميع الناس ويجوز
للاتفاقات الخاصة تعديلها ولكنها لا تستطيع استبعادها أو هدمها كلية ؛
تلك هى المسؤولية التقصيرية التى تعتبر احدى أسس النظام
الاجتماعى (٤٤) •

وقد اكتفى الأستاذ السهنورى فى الوجيز فى الالتزامات المنشور فى
سنة ١٩٣٨ بوضع المسألة كالتى : هل للمضور الخيرة بين المسئوليتين
بحيث يجوز له أن يختار من بينهما أيهما تكون أصلح له ؟ أم ان أحكام
المسؤولية التقصيرية تصبح غير جائزة التطبيق وتحل محلها أحكام
المسؤولية العقدية طالما يوجد عقد بين الطرفين يعين مسؤولية كل منهما ؟

وبعد وضع السؤال على هذا النحو اكتفى بعرض الجدل الفقهي
الدائر حوله دون تمحيص حجج كل من الفريقين ، وختم عرضه بقوله :
يؤيد بعض الشراح رأى الثانى ، ولكن رأى الأول هو الراجح (٤٥) ،

(٤٣) جرانولان فى العقود فى القانون المصرى نبذة ٣٦٢ .

(٤٤) ريكول ، فى دروسه بقسم الدكتوراه فى المسؤولية المدنية ، جامعة
القاهرة ١٩٢٨ / ١٩٢٩ ص ١٧١ .

(٤٥) السهنورى ، فى الموجز فى الالتزامات القاهرة ١٩٣٨ نبذة ٣٠١
ص ٣١٨ ، ويذكر سيادته من انصار نظرية الخيرة بين المسئوليتين التى
يعتبرها أنها النظرية الراجحة فى الفقه بلانيول فى تعليق له فى دالوز ١٩٠٧ —
٢ — ٩٧ ، أوبرى ورو ط ٥ ص ٤٤٦ هامش ٧ ، مصطفى برعى فى
المسؤولية المدنية ، القاهرة ١٩٣٦ ص ٢٥ وبعض أحكام قديمة للقضاء
الفرنسى والقضاء المصرى ، ويشير فى المعنى العكسى الى جوسران ج ٢
ص ٤٨٢ والى حكمى محكمة النقض الفرنسية الصادرين فى ٢١ نوفمبر ١٩١١
وفى ١١ يناير ١٩٢٢ ائتف ذكرهما فى هذا البحث .

وبيين من ذلك أنه تحاشى أن يبدى رأيا شخيصيا في المسألة ، ويبدو أن ذلك راجع الى أن نطاق كتابه الوجيز لم يكن يتيح له أن يبحث المسألة بحثا شخيصيا متعمقا .

وبالعكس من ذلك عمد الأستاذ مصطفى مرعى في مؤلفه في المسؤولية المدنية الى عرض كلتا النظريتين عرضا مفصلا والى تحليل حجمهما ثم انتهى بأن انحاز شخيصيا الى نظرية الخيرة بين المسئوليتين واستند في ذلك الى عدد من أهم أحكام المحاكم المصرية (٤٦) .

غير أنه يلاحظ أن الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى يمكن تصنيفها الى ثلاث طوائف : أولاها تشمل الأحكام التى اعتبرت مسؤولية المؤجر عن الأضرار التى أصابت المستأجر فى شخصه أو فى ماله بسبب خطأ المؤجر أو تقصيره فى اجراء الترميمات اللازمة للمعين المؤجرة مسؤولية تقصيرية تقوم فى القانون المصرى على أساس المادة ١٥١ مدنى أهلى والمادة ٢١٢ مدنى مختلط ، وهى مسؤولية لا يجوز استبعادها أو احلال المسؤولية العقدية محلها ، نظرا لأن أحكام القانون المدنى المصرى التى تنظم عقد الايجار لا تفرض على المؤجر واجب اجراء أى مرمة فى العين المؤجرة (٤٧) .

والطائفة الثانية من الأحكام التى استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى تشمل أحكاما قررت أن الشرط الوارد فى عقد الايجار باعفاء المؤجر من مسئوليته لا يكفى لرفع المسؤولية عن هذا الأخير بالنسبة للأضرار التى ترجع الى خطأ ثبت وقوعه منه (٤٨) .

(٤٦) مصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٢ وما بعدها
نبذة ٢٧ .

(٤٧) انظر فى هذا المعنى استثناف الاسكندرية المخططة ٢٠ فبراير ١٩٠٢ مجلة البيلتان B.L.J. ١٤ ص ١٥٤ ، ٢٤ أكتوبر ١٩٠٤ المجلة ذاتها ١٦ ص ١٣٢ ، ٥ يونيه ١٩٢٣ المجلة ذاتها ٣٥ ص ٤٨٥ .
(٤٨) استثناف مخطط ١٠ يناير ١٩٢٤ البيلتان ٣٦ ص ١٤٠ ، ٦ مايو ١٩٢٦ البيلتان ٣٨ ص ٣٩٦ ، أول أبريل ١٨٩١ البيلتان ٣ ص ٢٧١ .

أما الطائفة الثالثة ، فتشمل أحكاما صدرت بشأن مسؤولية مصلحة السكك الحديدية فيما يتعلق بنشاطها في نقل البضائع ، وقد قررت هذه الأحكام أن المادتين ٢٥ و ٢٦ من لائحة مصلحة سكك الحديد المصرية اللتين تضعان حدا لمسؤولية المصلحة عن فقد البضائع المعهود إليها نقلها لا تنطبقان في حالة فقد تلك البضائع بسبب سرقتها سواء حصلت السرقة بفعل أحد من مستخدميها أو بفعل الغير ، لأن واقعة السرقة في كلا الفرضين المذكورين تدل على أن المصلحة لم تبذل في السهر على البضائع المسلمة إليها لنقلها العناية الكافية ، وأن هذا التقصير يجعلها مسئولة عن فقد البضائع تطبيقا لحكم المادة ١٥١ مدنى وأهلى والمادة ٢١٢ مدنى مختلط .

ومن الواضح أن الطائفة الأولى من الأحكام التى ساقها الأستاذ مصطفى مرعى تأييدا لمرايه ، لا تصلح دليلا على أخذ المحاكم بنظرية الخيرة ، لأن القضايا التى صدرت فيها لم تكن تتوافر فيها شروط المسؤولية العقدية ، نظرا لأن القانون المدنى السارى وقتذاك كان يعنى المؤجر صراحة من كل التزام عقدى بإجراء أية مزمة في العين المؤجرة ، فلم يكن ثمة مجال لتطبيق غير المسؤولية التقصيرية ، وبالتالي لم يكن ثمة محل للخيرة بين المسئولين .

والطائفة الثانية من تلك الأحكام كانت متأثرة بما جرى عليه القضاء في ظل التقنين المدنى الملغى بشأن أثر اتفاقات الاعفاء من المسؤولية المدنية ، حيث كان القضاء يجعل هذا الأثر مقصورا على قلب عبء الإثبات ، فكان مؤدى هذا القضاء أن الشرط الوارد في عقد الإيجار

(٤٩) استئناف مختلط ١٥ مايو ١٩٢٠ البيتلان ٢٢ ص ٢٢٠ ، ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ البيتلان ٣٣ ص ٩٨ ، ٨ ديسمبر ١٩٢١ البيتلان ٣٧ ص ٤٣٤ ، استئناف القاهرة ٢٥ يولييه ١٩٢٢ المحاماه ٢ — ٤٨٠ ، ١٠ فبراير ١٩١٠ المجموعة الرسمية للمحكم الوطنية ٢ ص ٢٤٥ ، القاهرة الوطنية الابتدائية (بهيئة استئنافية) ٢ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٣ .

بإعفاء المؤجر من المسؤولية لا يمنع المستأجر من مساءلة المؤجر بشرط قيامه بأثبات خطأ هذا الأخير .

ويمكن أن يقال مثل ذلك تماما بالنسبة الى الطائفة الثالثة من الأحكام التي استند اليها الأستاذ مصطفى مرعى في تأييد رأيه نظرا لأن الأحكام كانت تسوى بين اتفاقات الحد من المسؤولية العقدية واتفاقات الاعفاء منها ، فتجيز مساءلة المدين في كل منهما مساءلة كاملة متى نهض الدائن بعبء اثباته خطأ المدين .

ويجب أن نبادر الى التنبيه منذ الآن الى أن التقنين المدنى الحالى المعمول به منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ قد عدل الأسس التي قامت عليها جميع هذه الأحكام بطوائفها الثلاث . فمن جهة نصت المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى الحالى على التزام المؤجر التزاما عقديا بصيانة العين المؤجرة وصار نصها يسمح باعتبار التقصير في الصيانة اخلالا بالتزام عقدى يوجب المسؤولية العقدية ، خلافا لما كان عليه الأمر في التقنينين الملغيين ، ومن جهة أخرى فإن المادة ٣١٧ فقرة ثانية من التقنين الحالى التي أجازت صراحة اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية لم تقتصر على الأثر المحدود الذي كانت ترتبه أحكام المحاكم على هذه الاتفاقات بل جعلت لها قوة إعفاء المدين أعفاء تاما من مسؤوليته ، فقصت على الحجة الرئيسية التي كان أنصار الخيرة بين المسئوليتين قد أقاموا عليها رأيهم .

وبغضلا عن ذلك فإن قضاء المحاكم الصادر في ظل التقنينين الملغيين لم يخل من بعض أحكام أخذت بعدم الخيرة بين المسئوليتين ، وقد أشار الأستاذ مصطفى مرعى نفسه الى اثنين منها (٥٠) ، ثم عرض لمسئولية مالك البناء إزاء مستأجره في حالة تهدم البناء ، وأبرز الفرق بين القانون الفرنسى والقانون المصرى فيما يتعلق بالالتزام بصيانة البناء ورتب

(٥٠) الموسكى الجزئية ٢٨ فبراير ١٩١٩ الحقوق ٣٥ - ١٩ ،
استئناف القاهرة الوطنية ٢ مايو ١٩٢٢ المحاماه ٣ - ٢٩ - ١٢ .

على أن المؤجر في القانون المصرى ليس ملزماً باجراء أى مرمة ، أن مسؤوليته عن تدهم البناء لا يمكن أن تكون الا مسئولية تقصيرية (٥١) ، أى أن مسألة الخيرة بين المسئولين لا محل لها في هذا المجال بأى حال .

وحتى قبيل اصدار التقنين المدنى الحالى انتصر الأستاذ حسين عامر لنظرية الخيرة بين المسئولين (٥٢) ، ولو أنه — كما سيجىء هيمما يلى — قد عدل عن ذلك في ظل التقنين الحالى (٥٣) .

أما أحكام المحاكم في ظل التقنينين الملغين ، غالبادى أنها أخذت بنظرية الخيرة ، حيث نجددها هيمما بالاضافة الى الأحكام التى ذكرها الأستاذ مصطفى مرمى والتى صنفناها في ثلاث طوائف ، أحكاما أخرى بعضها على الأقل يأخذ صراحة بنظرية الخيرة (٥٤) . في حين أن البعض الآخر وان كان يمكن حمله على هذا المعنى فإنه يمكن أيضا حمله على أنه لم تكن في وقائع الدعاوى التى صدر فيها ما يقتضى تحديد نوع المسئولية (٥٥) ، ففيما عدا حكيم يمكن عدهما ضمن هذه الطائفة

-
- (٥١) مصطفى مرمى ص ٢٧٦ وما بعدها .
(٥٢) حسين عامر ، في القوة الملزمة للعقد ، القاهرة ١٩٤٩ نبذة ٢٦٤ و ٢٦٥ ص ٢٤٢ و ٢٤٣ .
(٥٣) حسين عامر ، في المسئولية المدنية ، القاهرة ١٩٥٦ نبذة ١٦١ ص ١٣٧ .
(٥٤) انظر على سبيل المثال استئناف الاسكندرية الوطنية ٥ فبراير ١٩٥٠ (في قضية كان يسرى عليها التقنين الملغى) المحاماه ٣٠ — ٥٠١ — ٢٧٦ ، مع تعليق منا في مجلة التشريع والقضاء (القاهرة) س ٢ ص ٢٧٧ رقم ١١٠ .
(٥٥) القاهرة الابتدائية ٢ يناير ١٩٥٠ المحاماه ٣١ — ٨٠٠ — ٢٤٤ ، ٢ يونيه ١٩٥٢ في الدعوى رقم ١٦٧٨ سنة ٥١ ق والأحكام الصادر في استئنافها من استئناف القاهرة ٢١ مايو ١٩٥٧ في قضية كان يسرى عليها التقنين الملغى منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الاولى العدد ٤ ص ١٩٦ ، ولنا تعليق عليه في المجلة المذكورة السنة الثالثة العدد الثاني ص ١١١ وما بعدها ، انظر أيضا الأحكام التى سنأتى الاشارة اليها بشأن المسئولية عن فعل الحيوان وأيضا نقض مدنى (مصرى) ١٥ مايو ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لتبويب أحكام محكمة النقض المدنية ٩ — ٤٤١ — ٥١ .

الأخيرة (٥٦) ، يمكن القول أن محكمة النقض لم تعرض لها فرصة الفصل صراحة في مسألة الخيرة أو عدمها قبل بدء العمل بالتقنين المدنى الحالى .

أما أحكام محاكم الموضوع ، فإنها يمكن القول بأنها فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير والمسئولية عن فعل الأشياء لم تكن ثابتة ، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة بشأن مسئولية المربى عن الضرر الذى أحدثه أحد تلاميذه بتلميذ آخر انها مسئولية عقدية ولكنها أجازت للمربى أن يدفع المسئولية عنه باقامة الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه أو على أن القيام بالرقابة اليقظة لم يكن يحول دون وقوع الفعل المضر (٥٧) ، أى كما لو كانت المسئولية تقصيرية ، وقضت أحكام أخرى بتطبيق أحكام المسئولية التقصيرية عن فعل الحيوان (المادة ١٥٣ مدنى أهلى) على الضرر الذى أحدثه حيوان العامل المكلف من قبل مالك الحيوان بقيادته

(٥٦) نقض مدنى أول يناير ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ — ٩٠ — ٧٩ وفى هذا الطعن كان الطامن قد نعى على الحكم المطعون فيه أنه لم يحدد نوع المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، فى حين أنها لو كانت عقدية ، لم يكن يجوز أجابة المدعى الى طلب التعويض لأن دعواه لم يسبقها اعذار المدين ، فنقضت محكمة النقض برفض الطعن لكونه غير منتج ، وذلك لأن موضوع الدعوى كان الاخلال بالتزام بالامتناع عن عمل ، ولأنه إذا كان الاعذار غير ضرورى فى حالة المسئولية التقصيرية ، فإنه غير ضرورى أيضا فى حالة المسئولية العقدية المترتبة على الاخلال بالتزام بالامتناع .

وأيضا نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٥٠ مجموعة الكتب الفنى المشار اليها أنفا ٢ — ٢٧٠ — ٥٢ وكان موضوع هذه القضية تعويض الضرر الذى أصاب مستأجر سفينة بسبب غرق هذه السفينة ، وكانت دعواه قد رفضت من محكمة الموضوع ، فطعن فى الحكم بالنقض ونعى عليه أنه التفت عن بحث مسئولية مؤجر السفينة عن فعل تابعه (قبطان السفينة) المكلف بصيانة السفينة وبإخطار (صاحبها) المؤجر عن كل ما قد يهدد السفينة ويستلزم ترميمها لتفادى غرقها ، وقد قضت محكمة النقض أيضا برفض الطعن لكونه غير منتج حيث أن الحكم المطعون فيه قد أثبت على عاتق المستأجر خطأ يتحمل فى أنه بعد أن شعر بالخطر الذى يهدد السفينة بالغرق أغفل اتخاذ ما فى وسعه من تدابير لتفادى الغرق أو لإخطار مالك السفينة بذلك ، وهو خطأ من شأنه أن يدفع عن مالك السفينة مسئولية العقدية ، وكذلك مسئولية التقصيرية من فعل تابعه .

(٥٧) استئناف القاهرة ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٢ وتعليق لنا فى القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ وما بعدها .

وصيانتته والعناية به (٥٨) بالرغم من قيام عقد عمل بين هذا العامل ومالك الحيوان من شأنه أن ينشئ في ذمة ذلك المالك التزاما بضمانه سلامة العامل ، وتضت أحكام أخرى بمثل ذلك فيما يتعلق بالأضرار التي تصيب مستأجرى المبنى بسبب تهدمه (٥٩) .

وكان من رأيي مع بعض الزملاء — في ظل التقنينين الملغين عدم الخيرة بين المسئوليتين لنفس الأسباب التي تقدم أن الفقه الفرنسي أقام عليها هذا الرأي (٦٠) .

وقد رأينا أن تقنيننا المدني القائم قد مهد السبيل للأخذ بهذا الرأي ، وسنبين فيما يلي الطريق الذي سلكه في هذا الشأن كل من الفقه والقضاء المصريين في ظل التقنين القائم .

(٥٨) استئناف القاهرة ٣ ديسمبر ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ — ٢٧ — ٢٠ ، ١٥ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ١٠٨٠ — ١٨٥ ، ١٧ يونيو ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٥٢٩ — ٢٦١ ، استئناف أسبوط ١٥ إبريل ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ — ٨٠ — ٤٤ ، القاهرة الابتدائية ٢ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ — ٧٩ — ٤٨ ، انظر أيضا نقض مدني ١٤ فبراير ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لتبويب أحكام النقض المدني ٣ — ٥٠٢ — ٨٥ (وقد طبق المادة ١٥٣ مدني قديم لتعويض الضرر الشخصي الذي أصاب وارث عامل قتل بفعل الحيوان ، فالزم حارس الحيوان بهذا التعويض) ، قارن الأحكام الفرنسية التي أشار إليها ديوج وما وجهه إليها لالو من نقد (راجع الهامش ٢٨ فيما تقدم) .

(٥٩) انظر الأحكام التي أشار إليها مصطفى مرمي ص ٢٢ وما بعدها ، ويضاف إليها استئناف مختلط ٥ يونيو ١٩٢٣ البيلتان ٣٥ ص ٤٨٥ ، ١٠ يناير ١٩٢٤ البيلتان ٣٦ ص ١٤٠ .

(٦٠) انظر مؤلفنا في الفعل الضار سنة ١٩٤٨ ص ١٧ وبهجت بدوي في القانون والاقتصاد ص ٢ ص ١٤٠ هامش ١ ، استيفاني (جاستون) في الخيرة بين المسئوليتين مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٧٣ وما بعدها وبوجه خاص ص ١٢٩ .

(ب) في ظل التقنين المدني القائم :

(١) فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي :

آراء الشراح :

كان الأستاذ السنهوري أول من قرر في ظل التقنين المدني القائم في كتابه الوسيط أنه يغير رأيه وينتقل من صف مؤيدى الخيرة بين المسئوليتين الى صف معارضيهما (٦١) ، فهو بعد أن عرض وجهى الرأى انحاز الى جانب رفض دعوى الدائن الذى يطالب بتعويض الضرر الذى أصابه من اخلال بالالتزام عقدى على أساس المسؤولية التقصيرية . أما الأسباب التى استند اليها فى ذلك فهي أسباب كان يمكن الاستناد اليها حتى فى ظل التقنينين الملغين وهى أسباب تمت فى الغالب الى الحالات التى لا تتور فيها مسألة الخيرة اطلاقا ، لانعدام أى التزام قانونى يمكن أن يرد عليه الاخلال بمجرد عدم تنفيذ التزام عقدى (٦٢) ، وقد تحاشى الأستاذ السنهوري الادلاء برأى صريح فيما يتعلق بالاستثناءات التى سلم بها الفقه الفرنسى خروجاً على قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين ، تلك الاستثناءات الخاصة بالحالات التى يكون فيها الاخلال بالتزام عقدى فى الوقت ذاته جريمة جنائية أو غشاً أو خطأ جسيماً .

(٦١) السنهوري فى الوسيط ج ١ ط ١ سنة ١٩٥٢ ص ٧٦١ ، ط ٢ سنة ١٩٦٤ ص ٨٦٠ الى ص ٨٦٢ .

(٦٢) وفى هذا يقول بنص الحرف الواحد : ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، فى هذه المسألة الهامة ، فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالا خيرة للدائن ، وليس له الادعوى المسئولية العقابية ، ذلك أن الالتزام العقدي الذى صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقر به ، لم يكن مسئولاً عن ذلك ، لا مسئولية عقدية لان العقد لما يبرم ، ولا مسئولية تقصيرية اذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فاذا أبرم العقد ، قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تقترب عليها الا المسئولية العقدية ، وليس للدائن أن يلجأ الى المسئولية التقصيرية ، اذ هى تقتضى أن المدين قد اخل بالتزام فرضه القانون والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد .

ولكنه يذكر حالة تجوز فيها الخيرة بين المسئوليتين ، ولأنه لا يرى فيها تطبيقا للقاعدة العامة فإنها ليس لها مبرر غير اعتبارها استثناء من مبدأ عدم الخيرة مقصورا على حالة غش المدين ، وخطئه الجسيم . تلك هي حالة أمين نقل البضائع الذي يسرق شيئا من البضائع المعهود اليه نقلها (٦٣) .

وفيما بعد عند اصداره كتابه الوجيز الجديد في سنة ١٩٦٦ عرض الأستاذ السنهاوري الخلاف الدائر حول الاستثناءات المذكورة في افاضة ، ويبدو أنه انتهى الى رفض هذه الاستثناءات ، أى الى رفض نظرية الخيرة رفضا باتا في جميع الأحوال (٦٤) ، الأمر الذي يؤدي الى رفض

(٦٣) ويقول الأستاذ السنهاوري في المرجع السابق ذاته عقب ما نقلناه عنه في الهامش السابق :

« ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون الا في التزام فرضه القانون والعقد معا ، فأمين النقل اذا سرق البضاعة التي ينقلها يكون قد اخل بالتزامه العقدي الناشئ من عقد العمل ، فمتحقق مسئوليته العقدية ، ويكون في الوقت ذاته قد اخل بالتزامه القانوني الذي يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل . فمتحقق مسئوليته التقصيرية ، وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين . ولعله يريد أن يقول أن مسألة الخيرة بين المسئوليتين لا تنور الا اذا كان الفعل الضار يشكل في الوقت ذاته اخلالا بالتزام قانوني واخلالا بالتزام عقدي وان الخيرة تكون جائزة عندما يشكل الاخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية أو يكون نتيجة غش من المدين . (٦٤) وهو يقول في ذلك بنص الحرف الواحد :

« ومن الفقهاء من يستثنى حالة ما يكون الاخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية أو يكون راجعا الى غش المدين ، فيكون للدائن في هذه الحالة أن يختار بين المسئوليتين ، ويدللون على ذلك بأن المدين اذا ارتكب جريمة جنائية أو جريمة مخفية (الغش) ، فانه يكون بذلك قد خرق نطاق العلاقة العقدية وعاد الى حظيرة العلاقات التي ينظمها القانون دون ارادة الأمراد ، فيكون جزاء عدم وفائه بالتزامه التعاقدى تحقق مسئوليته العقدية ، وجزاء ما ارتكبه من غش في الاخلال بهذا الالتزام تحقق مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يكون للدائن الخيار بين المسئوليتين (سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٢٤ و ٢٥ ، وانظر قريبا من هذا الرأي الوسيط للؤلف ج ١ فقرة ٥١٥) . ويذهب فقهاء آخرون — ويبدو أنهم على صواب فيما يذهبون اليه — الى أنه حتى في حالة الجريمة الجنائية أو الغش ، ما دنا بصدد الاخلال بالتزام تعاقدى لا يجوز اللجوء الى المسئولية التقصيرية ، اذ المسئولية العقدية في هذه الحالة تكفى ، فهي تموض حتى عن الضرر غير المتوقع ، ويكون شرط الاعفاء منها باطلا ، وهاتان هما الميزتان الجوهريتان =

الخيرة حتى في المثل الذي سبق أن قال بها فيه وهو حالة سرقة أمين النقل
البضائع التي عهد اليه بنقلها .

وكذلك الأستاذ حسين عامر هو أيضا قد هجر في كتاب المسؤولية
المدنية (سنة ١٩٥٦) ، الرأي الذي سبق أن قال به في كتاب القوة الملزمة
للعقد (سنة ١٩٤٩) ، وأصبح يعتنق مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين
مع التسليم بالاستثناء منه في حالة الخطأ الجنائي والغش (٦٥) .

وكذلك الأستاذ أبو ستيت ، فقد انضم في الطبعة الثانية من كتابه
في مصادر الالتزام سنة ١٩٥٤ الى نظرية عدم الخيرة ، فهو قد اعتنق
حجج جوسران وردد عباراته ذاتها بقوله : ان المسؤولية العقدية تطرد
المسؤولية التقصيرية . وهو يرى أن هذا المبدأ مطلق ولا يحتمل استثناء .
فالمسؤولية فيما بين المتعاقدين لا يمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية ، ولو
كان الاخلال بالتزام المدين يشكل خطأ جنائيا أو كان راجعا الى غش
منه ، فأمين نقل البضائع الذي يختلس بنفسه البضائع المعهود اليه نقلها
لا تجوز مساعلته مدنيا الا من طريق دعوى المسؤولية العقدية (٦٦) .

ويتفق سائر الشراح الذين كتبوا في هذا الموضوع منذ بدء العمل
بالقانون المدني الحالي على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين ولكنهم

= اللتان للمسؤولية التقصيرية ، ثبتنا هنا للمسؤولية العقدية أيضا ، فلا جدوى
من الانتقال الى المسؤولية التقصيرية . واذا بقيت فروق أخرى بين
المسئوليتين ، كالتضامن ، فهذه لا تبرر اتمام المسؤولية التقصيرية في منطقة
المسؤولية العقدية (السنهاوري في الوجيز ج ١ سنة ١٩٦٦ ص ٣٠٠
هامش ٢) .

(٦٥) حسين عامر في المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦١ فيما
يتعلق بالمبدأ ونبذة ١٦٥ فيما يتعلق بالاستثناءات .
(٦٦) أبو ستيت (حشمت) مصادر الالتزام ط ٢ سنة ١٩٥٤ ص ٣٩٢ .
(٦٧) أنظر كامل مرسى في الالتزامات ج ٢ سنة ١٩٥٥ ص ٤٢ نبذة
١٦ ، أنور سلطان في الالتزامات ج ١ نبذة ٤٠٨ ص ٣٩٩ الى ٤٠١ ، حجازي
في مصادر الالتزامات غير العقدية سنة ١٩٥٨ ص ٢١ نبذة ٦٣٦ ، الصده في
مصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ ص ٤٤٥ ، لبيب شنب في المسؤولية الناشئة =

ينقسمون فيما يتعلق بالاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ • فالبعض يلزم الصمت فيما يتعلق بهذه الاستثناءات (٦٨) والبعض الآخر يعتقد المبدأ بصفة مطلقة ولا يسلمون بأى استثناء منه (٦٩) • ونكاد نكون وحدنا — مع الأستاذ حسين عامر — الذين نسلم بجواز الخيرة بصفة استثنائية في حالتى الخطأ الجنائى والغش مع قياس الخطأ الجسيم على الغش (٧٠) • وقد كنا أول من قال بذلك حتى في ظل التقنينين الملغين في الطبعة الأولى من كتابنا في الفعل الضار سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ص ١٧ •

وسنرى فيما يلي أن هذا الرأي الأخير هو الذى رجح في القضاء واعتمدته محكمة النقض صراحة في أحدث أحكامها •

(ب) موقف القضاء :

في حكم حديث نسبيا قضت محكمة النقض بتاريخ ٣١ مايو ١٩٥٦ فيما يتعلق بمسئولية ناقل البضائع أن أمين النقل يخضع للمسئولية العقدية بسبب فقد البضائع المعهود اليه نقلها وأنه تبعاً لذلك لا تقبل

= عن الاشياء رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ نبذة ١٧٧ ، انظر ايضا مؤلفاتنا الاثنية : الفعل الضار ط ١ سنة ١٩٤٨ ص ١٧ نبذة ١٤ ، ط ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٢٤ نبذة ١٦ ، في مصادر الالتزامات ج ١ سنة ١٩٥٧ ص ٤٨٥ نبذة ٣٧١ ، موجز الالتزامات سنة ١٩٦٢ ص ٣٣٥ ، دروس لطلبة الدكتوراه في أركان المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ٣٧ نبذة ٥٠ .

(٦٨) أنور سلطان ، في مصادر الالتزامات نبذة ٤٠٨ ص ٣٩٩ الى ص ٤٠١ ، حجازى في مصادر الالتزامات غير العقدية نبذة ٦٣٦ ص ٢١ ، لبيب شنب في المسئولية الناشئة عن الاشياء سنة ١٩٥٧ نبذة ١٧٧ .

(٦٩) كامل مرسى ، في الالتزامات ج ٢ ص ٤٢ نبذة ١٦ ، أبو ستيت (حشبت) في مصادر الالتزامات نبذة ٤١٩ ص ٣٩٢ ، الصده في مصادر الالتزامات ص ٤٤٥ .

(٧٠) حسين عامر ، في المسئولية المدنية سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦٥ ، مولفنا في الفعل الضار ط ١ سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ص ١٧ ، ط ٢ سنة ١٩٥٦ ص ٢٤ نبذة ١٦ ، دروس لطلبة الدكتوراه في أركان المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ نبذة ٥٠ ص ٣٧ ، في مصادر الالتزامات سنة ١٩٥٧ نبذة ٣٧١ ص ٤٨٥ ، موجز الالتزامات سنة ١٩٦٤ نبذة ٣٣٥ ص ٣٠٢ .

الدعوى قبله الا اذا رفعت في الميعاد المنصوص عليه في المادة ١٠٤ من قانون التجارة (وهو ١٨٠ يوما بالنسبة الى النقل داخل مصر وسنة بالنسبة الى النقل الى الخارج) وان الدعوى التي ترفع بعد هذا الميعاد لا تكون مقبولة الا اذا أثبت المدعى أن فقد البضاعة المشحونة راجع الى غش من أمين النقل أو من أحد تابعيه أو الى خيانة أمانة من جانب أحدهم ، اذ تصبح المسؤولية حينئذ ليست عقدية ، بل تقصيرية تقوم على أساس خطأ المدعى عليه (٧١) .

وردت محكمة النقض هذا المبدأ ذاته وما يرد عليه من استثناء بعد ذلك ببضع سنوات في حالة مشابهة تمام الشبه للصالة السابقة . فقالت في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ أن مسؤولية أمين نقل البضائع هي في الأصل مسؤولية عقدية تتقادم بانقضاء الأجل المنصوص عليه في المادة ١٠٤ من قانون التجارة ، ولكن اذا ارتكب أمين النقل غشا أو خيانة أمانة ، تقوم مسؤوليته التقصيرية عن عمله غير المشروع ولا تتقادم الا طبقا للأحكام المتعلقة بتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية (٧٢) .

(٧١) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٥٦ المحل ٣٧ — ٦٧٨ — ٣٢٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض المدنى ٧ — ٦٤٢ — ٨٨ وقد جاء فيه أن مسؤولية أمين النقل مسؤولية تماقدية . فاذا لم يتم بتسليم البضاعة الى المرسل اليه ، كان مسئولاً عن نتيجة أخلاله بالتزامه ، ولا يدرا عنه هذه المسؤولية الا أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع الى سبب قهرى لا يد له فيه ، وانما ذلك مشروط بأن ترفع على أمين النقل دعوى المسؤولية في غضون المدة التي حددها قانون التجارة في المادة ١٠٤ . واذا رفعت دعوى المسؤولية على أمين النقل بعد المدة المحددة في المادة ١٠٤ من قانون التجارة وتمسك أمين النقل بالتقادم القصير الذى تقرره هذه المادة ، فعلى المرسل اذا أراد أن يتفادى الحكم بسقوط حقه بهذا التقادم أن يقيم هو الدليل على أن ضياع البضاعة كان يرجعه غشا أو خيانة وتعمت من جانب أمين النقل أو عماله ، اذ أن مسؤولية أمين النقل في هذه الحالة ليست مسؤولية تماقدية بل مسؤولية خطئية قوامها خطأ المدعى عليه .

(٧٢) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة المكتب الفنى لتبويب أحكام النقض ١٦ — ١١٦٠ — ١٨٢ وقد جاء فيه : « أن مفاد المادة ١٠٤ من قانون التجارة خضوع دعوى المسؤولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الالتزامات المتولدة من عقد النقل للتقادم المبين بها (١٨٠ يوما) . اما اذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة ، فان الدعوى تستند في هذه الحالة =

وأصدرت محكمة النقض في العام ذاته حكماً آخر في شأن مسؤولية أمين نقل البضائع أيضاً أكدت فيه المبدأ ذاته وأشارت الى الاستثناء منه ولو أن وقائع الدعوى لم يكن فيها ما يدعو الى هذه الإشارة الأخيرة ، إذ قالت فيه بنص الحرف الواحد أنه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفاً ذا شأن في سند الشحن ، فإن العلاقة بينها وبين الشركة المطعون ضدها (الناقله) يحكمها سند الشحن وحده . وهذا السند هو الذى يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التى رسمها ذلك السند ، وهى حدود لا تترتب عليها الا المسؤولية العقدية . وليس للطاعنة أن تلجأ الى المسؤولية التقصيرية اذ أساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراح المطعون ضدها لفعل يجرمه القانون (٧٣) .

هذه الأحكام تسمح لنا بأن نؤكد بأن قضاءنا قد استقر أخيراً — فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصى — على مبدأ عدم الخيرة بين المسئوليتين فيما عدا حالة الغش والخطأ الجذائى .

وسنرى فيما يلى أن الأمر كذلك أيضاً فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير وبالمسؤولية الناشئة عن الأشياء .

= الى الفعل الضار ويكون أساسها المسؤولية التقصيرية وتتقدم وفقاً للقواعد الواردة بشأن هذه المسؤولية .

(٧٣) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ — ٢٢٠ — ٣٥ وقد جاء فيه أنه وقد اعتبرت الطاعنة (المرسل اليها) طرفاً ذا شأن فى سند الشحن ، فإن العلاقة بينهما وبين الشركة المطعون ضدها (الناقله) يحكمها سند الشحن وحده . وهذا السند هو الذى يحدد التزام الشركة المطعون ضدها وفي الحدود التى رسمها ذلك السند ، وهى حدود لا تترتب عليها الا المسؤولية العقدية ، وليس للطاعنة أن تلجأ الى المسؤولية التقصيرية اذ أساسها الاخلال بالتزام فرضه القانون ، والالتزام فى خصوصية النزاع لا مصدر له الا سند الشحن مادامت الطاعنة لم تدع أن العجز نتج عن اقتراح المطعون ضدها لفعل يجرمه القانون .

(٢) فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء :

(١) آراء الشراح :

في ذلك التقنين القائم انعقد اجماع الفقه على رفض نظرية الخيرة بين المسئوليتين ، سواء في مجال المسئولية عن الفعل الشخصي أو في مجال المسئولية عن فعل الغير الذين يكونون في رعاية الشخص أو عن فعل الأشياء التي تكون في حراسته . فمادام يوجد عقد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار ومادامت شروط المسئولية العقدية متوافرة ، فإن المضرور لا يجوز له من حيث المبدأ أن يتمسك بالمواد ١٧٣ وما بعدها من التقنين الدنى القائم .

ففيما يتعلق بمسئولية المرء عن أفعال الأشخاص الموجودين في رعايته يقرر الأستاذ السنهوري أن مسئولية المعلم عن الفعل الضار الذي يصيب أحد تلامذته بسبب فعل تلميذ آخر تكون مسئولية عقدية عن فعل الغير . وقد أبرزنا نحن ذلك فيما مضى بمناسبة حكم لمحكمة استئناف القاهرة صادر في ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ - ١١٦٦ - ٤٩٣) ، واستنبطنا منه — خلافا لما ورد في الحكم المشار اليه — أن المعلم لم يكن يجوز له أن يدفع مسئوليته عن فعل الغير بمجرد اقامته الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه ، وإنما كان يلزمه في ذلك أن يثبت أن الحادث راجع الى سبب أجنبي عنه لا يد له فيه (٧٥) .

وكذلك الأمر فيما يتعلق بمسئولية المرء عن الأضرار الناشئة بفعل

(٧٤) السنهوري في الوسيط ج ٢ ط ٢ سنة ١٩٦٤ ص ١١٢٣ في الهامش .

(٧٥) تعليق لنا في القانون والاقتصاد ص ١٣ سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٤ الى . ٣٤٦

الأشياء التي تكون في حراسته ، حيوانات كانت أم مباني أم أشياء أخرى غير حية (٧٦) .

(ب) موقف القضاء :

منذ اصدار التقنين القائل ، لم يثر أمام محاكمنا أمر المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء الا نادرا ، فقد عثرنا على حالة واحدة جديرة بالاهتمام قضت فيها محكمة النقض بتاريخ ١٦ أبريل ١٩٦٨ بنقض حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في ١٠ مارس ١٩٦٤ في الاستئناف رقم ٥٩٥ سنة ٧٩ ق ، الذي كان قد أيد حكما صدر من محكمة القاهرة الابتدائية في الدعاوى أرقام ١٧٥٠ و ١٧٥١ و ١٧٥٢ و ١٧٥٣ سنة ١٩٥٨ مدنى كلى القاهرة ، وهى دعاوى تعويض أقيمت من مستأجر مبنى ضد مالكة بسبب الأضرار التي أصابتهم بسبب تهدم ذلك المبنى جزئيا ، وكان المدعون فيها قد أسسوا دعاوهم على أساس المادة ١/١٧٧ مدنى التي تنص على المسؤولية المفترضة لحارس البناء عما ينشأ من أضرار بسبب تهدمه . وقد دفع المدعى عليه هذه الدعاوى استنادا الى وجود تعاقدات بينه وبين المدعين تجعل دعاوهم غير مقبولة على أساس المسؤولية التقصيرية ، بما فيها المسؤولية المقررة بنص المادة ١/١٧٧

(٧٦) انظر فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان ، السنهورى فى الوسيط ج ١ ط ٢ نبذة ٧٠٤ ص ١٢٠١ ، حجازى فى مصادر الالتزامات غير العقدية سنة ١٩٥٨ نبذة ٨١٢ .
وانظر فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل المباني السنهورى فى الوسيط المرجع السابق نبذة ٧٢٢ ص ١٢١٩ ، أبو مستيت المرجع السابق نبذة ٥٤٧ ص ٥٠٣ ، أنور سلطان نبذة ٥٦٠ ص ٥٢٥ ، الصده ص ٥٧٢ ، حجازى نبذة ٨٣٦ و ٨٣٧ ص ١٨٣ ، ومؤلفينا فى الفعل الضار ط ٢ سنة ١٩٥٦ ، ومصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ ص ٦٧١ نبذة ٥٠٧ .
وانظر فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء السنهورى ج ١ نبذة ٧٣٥ ص ١٢٤٢ ، لبيب شبيب فى رسالته ص ٢٠٠ ، الصده ص ٨٥ حجازى نبذة ٨٩٩ و ٩٠٠ ، حسين عامر فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٦ ص ٧٧٦ نبذة ٧٦٧ ومؤلفينا فى الفعل الضار ط ٢ سنة ١٩٥٦ نبذة ١٦٧ ص ٢٢٠ ، ومصادر الالتزامات سنة ١٩٥٨ نبذة ٥٢٣ ص ٦٩٧ .

مدنى ، ولا سيما أن تلك التعاقدات كانت تشتمل على اتفاقات باعفاء المؤجر من المسؤولية ، فضلا عن إلزامها المستأجرين باخطار المؤجر فوراً بكل ما من شأنه أن يوجب تدخله وفقاً للمادة ٥٨٥ مدنى .

غير أن محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة لم تستجيباً لهذا الدفاع ، وقضت كليهما بمسؤولية المؤجر (وهو المالك) بناء على نص المادة ١/١٧٧ مدنى . وقد أقامتا قضاءهما على الحجج التالية :

(١) عموم نص المادة ١/١٧٧ مدنى الذى يفول حقا فى التعويض لكل من يصيبه ضرر بفعل تهدم البناء ، دون تفرقة بين مستأجرى البناء والأشخاص الآخرين غير المرتبطين بعقد مع حارس البناء .

(٢) عموم نص المادة ٢/١٧٧ مدنى الذى يفول كل شخص مهدد بأن يصيبه ضرر بسبب سوء حالة المبنى أن يلزم مالك ذلك المبنى بأن يتخذ التدابير اللازمة لتلافي هذا الخطر الذى يهدده دون تمييز فى استعمال هذا الحق بين مستأجرى وحدات هذا المبنى وملاك ومستأجرى المباني الأخرى المجاورة ، الأمر الذى يؤكد معنى العموم فى عبارة نص المادة ١/١٧٧ مدنى .

(٣) حق المستأجر فى معاملة مماثلة على الأقل لحق غير المستأجر اذ لا يحتمل أن يكون لغير المستأجر اعفاء من عبء اثبات خطأ مالك البناء دون أن يكون للمستأجر مثل هذا الاعفاء .

(٤) ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى عن نص مادة المشروع التى استقرت فى المادة ٥٦٥ مدنى من أنه يجوز للمستأجر فى حالة اصابته بضرر بسبب عيب فى الشيء المؤجر أن يطالب بتعويض هذا الضرر على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية .

واذ طعن المدعى عليهم فى هذين الحكمين ، فقد نقضتهما محكمة

النقض على أساس مخالفتها القانون والخطأ في تطبيقه ، وقالت في أسباب حكمها بالنقض الصادر في ١٦ أبريل ١٩٦٨ ما يلي بنص الحرف الواحد :

« ... انه يبين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت في مدوناته أن هناك علاقة تعاقدية بين الطاعنين والمطعون ضدهم ... ولما كانت المادة ٥٦٧ مدنى قد نصت في فقرتها الأولى على إلزام المؤجر بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، وبأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية لحفظها ، ونصت في فقرتها الأخيرة على جواز أن يقضى الاتفاق بين المؤجر والمستأجر بغير ذلك ، مما مفاده أن التزام المؤجر طبقاً لأحكام الإيجار في القانون المدنى بصيانة العين المؤجرة وحفظها إنما هو تقدير للنية المحتملة للمتعاقدين ، وأنه إذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين أعمال اتفاقهما . »

« واذ أورد المشرع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التى تقتضى بالزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرهما من النصوص التى تنظم أحكام عقد الإيجار ، تبين آثاره وتحدد المسؤولية عن الإخلال بتنفيذه بالفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى ، كما أورد في شأن العقود الأخرى المنصوص عليها فى الكتاب ذاته الأحكام التى تناسبها فى هذا الخصوص ، وكانت المادة ١٧٧ مدنى الخاصة بمسؤولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالعمل غير المشروع . واذ خص المشرع على هذا النحو المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن المسؤولية الأخرى وجعل لكل من المسؤوليتين فى تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسؤولية الأخرى ، فقد أفصح بذلك عن رغبته فى إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسؤوليتين تستقل به كل منهما عن الأخرى . »

فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها ، وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر فى

تنفيذ العقد ، فانه يتعين الأخذ بأحكام العقد ، وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد ، سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه . ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط الضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه ، مما يخل بالقوة الملزمة له ، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى الى الأضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني ، اذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات ، سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد ، واذا أفرد المشرع لكل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية نظاما تختص به دون الأخرى على النحو السالف الإشارة اليه ، فقد دل ذلك على أنه وضع المادة ١٧٧/١ لحماية غير المتعاقدين في حالة تهديم البناء أو جزء منه . أما من يربطه بحارس البناء عقد ايجار ، فان أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدني الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني التي تنظم أحكام عقد الايجار تكون هي وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسؤولية المؤجر . ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة ٢/٥٦٥ الواردة بالكتاب الثاني ضمن أحكام عقد الايجار من أنه اذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم وأصابه من ذلك ضرر بالفعل وثبت خطأ في جانب المؤجر ، فان المستأجر يستحق التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، ويجوز له أيضا أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقدما لأن الأمر يتعلق بالنظام العام ، ذلك أنه وقد خلت هذه المادة من عبارة « طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية » وورد نصها أمرا في تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة

على العقد ، فإنه لا يخرج مسؤولية المؤجر في خضوض هذا الالتزام عن طبيعتها ولا يحيلها الى مسؤولية تقصيرية ، وذلك ما لم يثبت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيما أو فعلا يؤثمه القانون » (٧٨) .

وهكذا وضعت محكمة النقض حدا للخلاف حول جواز الخيرة أو عدمها بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية وحسمته في صالح عدم الخيرة سواء في مجال المسئولية عن الفعل الشخصي أو في مجال المسئولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء ، وسواء فيما يتعلق بمبدأ عدم الخيرة ، أو فيما يتعلق بالاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ . وبذلك أصبح من المقرر أن الأصل أن كلا من المسئوليتين لها مجالها الخاص ، وأن الجمع بينهما مستحيل وأن الخيرة بينهما غير جائزة الا في الحالة الاستثنائية التي يكون فيها الاخلال بالالتزام عدى يشكل جريمة جنائية أو يعتبر غشا أو خطأ جسيما .

وإذا كان حكم النقض الصادر في ١٦ أبريل ١٩٦٨ قد أكد أنه حيث يوجد عقد بين طرفين ويطلب أحدهما الآخر بتعويض الأضرار التي لحقته من جراء الاخلال بالالتزام ناشئ من هذا العقد ، فيمتنع عليه التمسك في هذه المطالبة بأحكام المسئولية العقدية ، فقد عرضت على المحكمة فيما بعد الصورة العكسية صورة شخص من غير طرفي العقد يتمسك بأحكام العقد لدرء مسئوليته ازاء أحد أطراف العقد ، فقضت فيها

(٧٨) نقض مدني ١٦ أبريل ١٩٦٨ في الطعن رقم ٢٨٠ سنة ٣٤ ق ، وقد تولاها المؤلف بالنيابة عن العميد محمد صالح وأخرى والحكم منشور في مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٧٦٢ — ١١٠ . وقد أكتت محكمة النقض استقرارها على هذا المبدأ في حكم حديث صادر بعد نشر مقالنا هذا ، فقررت بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٨١ في الطعن رقم ٧٤٢ سنة ٤٦ ق (مجموعة أحكام النقض ٣٢ — ٤٦٨ — ٩١) :

« أن أحكام العقد — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — هي وحدها التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً ، أو عند الاخلال بتنفيذه ، فلا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية » .

بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٧٥ (في الطعن رقم ٢٤٢ سنة ٤١ ق) (٧٩) بأنه اذا كان المؤجر الأصلي قد رخص للمستأجر في التأجير من الباطن وأقام المستأجر من الباطن دعوى على المؤجر الأصلي بمطالبته بتعويض عما لحقه من أضرار بفعل تابعي المؤجر الأصلي مؤسسا دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية وقضت له محكمة أول درجة على هذا الأساس ، ولكن محكمة ثانى درجة ألغت هذا الحكم تأسيسا على أن عقد الايجار من الباطن يشتمل على شرط الاعفاء من المسؤولية واعتبرت العلاقة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن علاقة عقدية يسرى عليها شرط الاعفاء من المسؤولية ، فنقضت محكمة النقض الحكم الاستثنائي المطعون فيه تأسيسا على أنه لا توجد علاقة عقدية بين المؤجر والمستأجر من الباطن ، فتخضع مسئوليته لأحكام المسؤولية التقصيرية ولا يجوز له أن يتحدى بشرط الاعفاء من المسؤولية الوارد في عقده مع المستأجر الأصلي .

تعليلات على الأحكام

(أولاً) في تكيف الفعل الضار

واختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية

وأثر حكم البراءة في دعوى التعويض (*)

١ — تعيين موضوعات البحث ٢ — تلخيص ثلاثة أحكام لمحكمة النقض ٣و٤ — حصر الموضوع في أربع مسائل .
القسم الأول : تقرير المبادئ ٥ — المسألة الأولى : جواز الحكم بالتعويض مع الحكم بالبراءة لانتهاء الخطأ الجنائي أو عدم جوازه .
٦و٧ — حجية الشيء المحكوم فيه جنائياً ٨ — الخطأ الجنائي والخطأ المدني ٩ — في جرائم العمد ١٠ — ١٣ — في جرائم الاهمال :
(أ) أحكام المحاكم (ب) آراء الشراح (ج) ترجيح فكرة استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي ١٤ — المسألة الثانية : جواز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقبية أو المسؤولية المفترضة مع الحكم بالبراءة أو عدم جواز ذلك ١٥ — أحكام المحاكم ١٦ — آراء الشراح ١٧ — المسألة الثالثة : تعيين السبب في دعوى المسؤولية المدنية ١٨ — مذهب المحاكم في تعدد السبب ونتائج هذا المذهب ١٩ — نقد هذه النتائج ٢٠ — ٢٢ — آراء الشراح ٢٣ — ٢٤ — ترجيح نظرية وحدة السبب ونتائجها ٢٥ — المسألة الرابعة : اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية .

القسم الثاني : ٢٦ — ٢٨ — تطبيق المبادئ .

٢٩ — الخاتمة .

١ — تعيين موضوعات البحث : اذا وقعت جريمة جنائية ، ونشأ عنها ضرر ، فالأصل أن ترفع الدعوى العمومية الى المحاكم الجنائية ودعوى تعويض الضرر الى المحاكم المدنية . فاذا صدر الحكم الجنائي كانت له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للکافة ، ووجب على المحكمة المدنية — ما لم تكن قد فصلت في دعوى التعويض قبل رفع الدعوى

العمومية — أن يتقيد بما فصل فيه ذلك الحكم ، منعا لتضارب الأحكام في الموضوع الواحد • وقد أجاز المشرع للمصاب أن يرفع دعواه المدنية الى المحكمة الجنائية لتفصل فيها مع الدعوى العمومية بحكم واحد اقتصادا للوقت والجهد • وفي هذه الحالة يتعين على القاضى الجنائى أن يتقيد عند الفصل فى الدعوى المدنية بما قرره فى الدعوى العمومية •

ولكن الى أى حد يتقيد القاضى المدنى — أو القاضى الجنائى عند الفصل فى الدعوى المدنية — بما تقرر فى الدعوى العمومية ؟

من المسلم به أن الحكم الجنائى اذا كان صادرا بالادانة يقيّد القاضى المدنى فيما يتعلق بوقوع الجرم المسند الى المتهم ، وفى نسبته اليه ، وفى استجابته للعقوبة ، فتكون له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية ، ولا يكون للقاضى المدنى مناقشة الحكم الجنائى فى أية ناحية من هذه النواحي ، بل تقتصر سلطته على تقدير قيمة التعويض (انظر مصطفى مرعى بك نبذة ٣٦٦ ، استئناف القاهرة ٢٨ مايو ١٩٢٩ المأماة ١٠ — ٦٠ — ١٥) •

ولكن ما رأى اذا كان الحكم الجنائى قد قضى بالبراءة وبني ذلك على أن الفعل المسند الى المتهم لا يكون جريمة جنائية ؟ أيعتبر نفي الخطأ الجنائى نفيا للخطأ المدنى فى الوقت ذاته ، أم يعتبر الخطأ المدنى غير الخطأ الجنائى ويجوز للقاضى المدنى أن يبحث عنه وأن يحكم بالتعويض بناء عليه ؟

واذا سلمنا أن نفي الخطأ الجنائى ينفي الخطأ المدنى ، ألا يجوز للقاضى المدنى أن يحكم بالتعويض تأسيسا على الخطأ التعاقدى أو على الخطأ المفترض فى حالات المسئولية عن فعل الغير ومسئولية حارس الحيوان أو مستخدمه ؟

واذا كان هذا جائزا ، أفتملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها ، أم لا تملكه الا اذا طلبه منها المصاب ؟

وإذا كان لابد في الحكم بالتعويض من أن تكون الدعوى مرفوعة على أساس المسؤولية المفترضة ، أفىكون للمصاب الخيار في رفعها أمام المحاكم الجنائية عن طريق الادعاء بالحق المدني ، أم تكون هذه المحاكم غير مختصة بها ، ويتعين على المصاب أن يرفعها الى المحاكم المدنية ؟

هذه مجموعة من المسائل بالغة غاية الدقة ، وأكثرها لم يعرض على المحاكم الا نادرا ، بالرغم مما لها من صبغة عملية آخذة في الازدياد تبعا للأهمية الكبيرة التي أصبحت للمسؤولية المفترضة في الوقت الحاضر .

وقد عرضت لهذه المسائل محكمة النقض المصرية في ثلاثة أحكام أصدرتها غيما بين أول فبراير و ٨ مارس ١٩٤٣ فصلت فيها في بعض هذه المسائل ، واكتفت باقتراض حل بعضها الآخر على وجه معين لاستغنائها في القضايا التي كانت معروضة عليها عن الفصل فيه .

وقد رأيت ضرورة التنبيه الى هذه المسائل التي فصلت فيها أو أشارت اليها هذه الأحكام الثلاثة لأهميتها العملية والفقهية ، مع عرضها في ضوء المبادئ المسلم بها في الفقه وفي أحكام المحاكم ليين لنا الى أى مدى يمكن التعويل على ما قرره محكمة النقض .

ولأن هذه الأحكام الثلاثة لم تنتشر الى الآن في المجالات القضائية ، أرى أن أبدأ البحث بتلخيص وقائعها وحيثياتها غيما يلي :

٢ - تلخيص الأحكام - حكم أول فبراير ١٩٤٣ في القضية رقم ٣٢٥ سنة ١٣ قضائية - وقعت معركة بين ابراهيم محمد هيبه ونفر من أتباعه بينهم سالم محمد الشاعر ، وبين فريق آخر ، أسفرت عن احداث عاهة مستديمة بأحد أفراد الفريق الآخر وهو عبد العال عطيه بكرش .

رفعت الدعوى العمومية على كل من ابراهيم محمد هيبه وسالم محمد الشاعر بتهمة احداث عاهة مستديمة بعبد العال عطيه ، وأحيل

المتهمان الى محكمة جنايات الزقازيق لحاكمتهما بالمادة ٢٤٠ ع فقرة أولى ، وادعى عبد العال عطيه بحق مدنى قبل المتهم الأول فقط وطلب الحكم عليه بمبلغ ٢٠٠ جنيه على سبيل التعويض •

لم يثبت لدى المحكمة أن المتهم الأول ضرب المجنى عليه بل داخلها الشك في ذلك ولم تر أنه قارف أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعا لذلك رفضت الدعوى المدنية المقامة ضده على أساس أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار • كما برأت المتهم الثانى بالرغم من اعترافه بأنه محدث الاصابة بالمجنى عليه اذ ظهر لها أنه انما اتهم نفسه بذلك غداء للمتهم الأول •

ظعن المجنى عليه في هذا الحكم بأن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون اذ قضت برفض الدعوى المدنية المرفوعة على المتهم الأول بناء على أنها أصبحت على غير أساس بعد أن قضى ببراءته من التهمة الموجهة اليه ، لأن الحكم بالبراءة لا يترتب عليه في القانون حتما رفض الدعوى المدنية المرفوعة على المتهم ، وقال في بيان ذلك أنه اذا كان قد بنى طلب التعويض على أن المتهم الأول هو الذى قارف بنفسه فعل الضرب الذى وقع عليه ، واذا كانت المحكمة قد داخلها الشك في ثبوت ذلك ففقتضت ببراءته من هذه التهمة ، فانه كان يتعين عليها أن لا ترفض الدعوى المدنية لأن التعويض يكون مستحقا أيضا قبل المتهم الأول بمقتضى المادة ١٥٢ مدنى على أساس مسؤوليته عن فعل أتباعه ، ولأن طلب الطاعن التعويض على أساس أن المطعون ضده ارتكب بنفسه الفعل الضار يلزم المحكمة — بناء على قاعدة وجوب الحكم بالقدر المتيقن — بأن تقضى له بالتعويض على أى أساس آخر يكون دون الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى • ولما كان قد ثبت أن المطعون ضده قد توجه على رأس نفر من مزارعيه وأتباعه الى محل الحادثة واعتدوا على فريق خصومه ودخلوا معهم في المعركة التى أصيب فيها الطاعن من ضربة وقعت على عينه من بعض من كان مع المطعون ضده ، فان المطعون يكون مسئولاً عن التعويض على الأساس المقرر بالمادة ١٥٢ المذكورة •

ومحكمة النقض رفضت أنظمن بناء على أن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ مدنى باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل غيره ، وان المحكمة ليس لها أن تغير من تلقاء نفسها السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها والا تكون قد تجاوزت سلطتها وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به .

حكم أول مارس ١٩٤٣ فى القضية رقم ٥٤٨ سنة ١٣ قضائية :
اتهمت النيابة العمومية على محمد داود وثلاثة آخرين من مستخدمي محل محمد المرجوشى بك بأن كلا منهم ارتكب تزويرات فى دفاتر المحل أو اختلاسات لنقوده أو سرقات لبضائمه ، وكانت التهم الموجهة الى على محمد داود أنه سرق من المحل خمسة أمتار كستور وسبعة أثواب بفتة مبينة الوصف والقيمة بالحضر ، وانه اختلس مبلغ ١٩٣ قرشا وتوصل بطريق الاحتيال الى الاستيلاء على مبلغ ٩٥ قرشا ثمن قطعة قمائش وذلك بايهاهم عامل البيع بأن القطعة المذكورة قد بيعت بالمبلغ المذكور ثم أعادها المشتري وحرر عنها ايصالا مرتجعا قبض قيمته من الصراف أضرارا بالمحل .

قيدت القضية جنحة بجدول محكمة الخليفة الجزئية ، وطلبت النيابة معاقبة المتهمين بمواد التزوير والنصب ، ودخل محمد المرجوشى بك المجنى عليه مدعيا بالحق المدنى وطلب القضاء له بمبلغ ٦٠٠ جنيه قبل المتهمين الأربعة بالتضامن على سبيل التعويض .

وقضت المحكمة بحبس اثنين من المتهمين وبالزامهما متضامنين بأن يدفعوا للمدعى المدنى ٦٠٠ جنيه تعويضا والمصاريف المدنية ، وبرأت على محمد داود والمتهم الآخر مما نسب اليهما مع رفض الدعوى المدنية الموجهة قبلهما عملا بالمادة ١٧٢ تحقيق جنائيات .

استأنف الحكم أحد المتهمين المحكوم عليهما ، كما استأنفته النيابة

طالبة تشديد العقاب بالنسبة لهذا المتهم والغاء الحكم فيما قضى به من براءة على محمد داود وزميله ومعاقبتهما بمواد الاتهام الموجهة اليهما ، وكذلك استأنف المدعى بالحق المدنى طالبا أن يقضى له بالتعويض على المتهمين اللذين حكم برفض الدعوى المدنية قبلهما (ومنها على محمد داود) •

وحكمت محكمة مصر (الجنح المستأنفة) بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٤٢ أولا بتأييد الحكم المستأنف بالنسبة للمتهم الذى رفع الاستئناف ، وثانيا بتأييد الحكم فيما قضى به من براءة على محمد داود والغائه فيما قضى به من رفض الدعوى المدنية قبله والزام هذا المتهم هو والمتهمين المحكوم عليهما بأن يدفعوا بطريق التضامن للمدعى المدنى ما حكم له به من تعويض ، وثالثا بتأييد الحكم فيما يختص بالمتهم الرابع •

ومما قالته المحكمة الاستئنافية فيما يتعلق بتبرئة على محمد داود والزامه بالتعويض « أن الحكم المستأنف فى محله لاسبابه بالنسبة لهذا المتهم فيما يتعلق بالدعوى العمومية ، وأما بالنسبة للدعوى المدنية فحقت قضت محكمة أول درجة برفضها استنادا الى قضائها ببراءته من التهمة المنسوبة اليه ، وحيث ان هذه المحكمة لا تأخذ بذلك لأنه اذا كان أساس الدعوى العمومية هو الجنحة ، فان أساس الدعوى المدنية ليست الجنحة فقط وانما الجنحة وشبه الجنحة • وقد قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى المدنية دون أن تتعرض لنفى شبه الجنحة عن المتهم ، ولا يمكن القول بأن شبه الجنحة لم يكن من ضمن أسس الدعوى المدنية لأن الدعوى المذكورة رفعت على أساس الوقائع التى أسندت الى المتهم المذكور وتناولها التحقيق وكانت كلها مطروحة أمام محكمة أول درجة • وحيث ان المجنى عليه ••• وكثيرون غيره ممن تناولهم التحقيق أجمعوا على أن المتهم على محمد داود كان وكيل المحل المباشر لادارته ولحساباته، وذكر الخبير فى تقريره أن على داود بصفته مديرا للمحل والواضع لنظام الدفاتر بل ومنشئها والمباشر لحركة الايرادات والمصروفات أغفل اهمالا عمدا مراقبة الكتاب الحسابيين ولم يعمل على ايجاد دفتر الصنف

الذى هو أول دفتر يجب أن يكون تمت يده وعينه لمعرفة حركة البضاعة من كساد وركود ، وكانت نتيجة اغفاله أن استرسل كتاب المحل في الاهمال وسهل اللعب في الأرقام مما سبب ضياع ٢٨٢ جنيتها و ٢٧٥ مليما من البضائع ... وحيث انه من ذلك يتبين أن المتهم على داود بوصف كونه هو الوكيل عن المجنى عليه في ادارة المحل ومباشرته أهل في ادارة عمله اهمالا نشأت عنه الاختلاسات والسرقات موضوع الدعوى ، وهو بوصف كونه وكيلأ بأجر مسئول عن اهماله اليسير ، فضلا عن الجسيم ، وحيث ان هذا الاهمال اذا لم يجزه واخذة المتهم عنه جنائيا ، فهو بلا شك مأخوذ به مدنيا ، ولذلك تكون الدعوى المدنية قبله على أساس ، ويتعين القضاء عليه بالتعويض المطلوب بالتضامن مع باقى المتهمين المحكوم عليهم » .

طعن على محمد داود في هذا الحكم بالنقض لأنه بالرغم من تأييده الحكم القاضى بالبراءة قد ألغاه فيما يختص بالتعويض على أساس أن الطاعن بصفة كونه وكيلأ للمدعى بالحق المدني في ادارة محله قد أهمل في القيام بواجبه اهمالا نشأت عنه الاختلاسات والسرقات موضوع الدعوى العمومية ، وذلك دون أن ينبهه الى تغيير أساس التعويض حتى يتسنى له أن يشرح وجهة نظره ، وفضلا عن ذلك فان المحكمة قد ألزمت الطاعن بأن يدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع باقى المحكوم عليهم ، مع أن التضامن لا يكون الا اذا كان المحكوم عليهم قد ارتكبوا جريمة واحدة ، وهذا غير متوفر في الدعوى .

قبلت محكمة النقض هذا الطعن وقالت في قبوله ان المدعى المدني رفع دعواه بالتعويض على أساس الضرر الذى لحقه من الجرائم التى وقعت من الطاعن وباقى المتهمين ، وبعبارة أخرى على أساس أن مسئوليتهم تقصيرية ناشئة عن جنحة وانهم ملزمون بتعويض الضرر الذى أصابه بمقتضى المادة ١٥١ مدنى . وقد نظرت الدعوى أمام محكمة أول درجة وقضت برفضها على هذا الأساس بعد أن تبين لها عدم ثبوت الفعل

المكون للجريمة على الطاعن . فكان على المحكمة الاستثنائية وهي تفصل في الاستئناف المرفوع اليها أن تلتزم هذا الأساس الذي أقام عليه المدعى دعواه ، فلا تقضى بالتعويض الا اذا رأت ثبوت الأفعال الموصوفة بالجرائم المرفوعة بها الدعوى على الطاعن . أما وهي قد تبرعت من عندها للمدعى فحكمت له بالتعويض على أساس آخر قوامه المسؤولية التعاقدية الناشئة عن الاخلال بمقدد الوكالة المبرم بينه وبين الطاعن وأعفته بذلك من واجب اثبات دعواه ، فانها تكون قد أخطأت بتغييرها في الحكم الذي أصدرته سبب الدعوى من طلب تعويض الضرر على قاعدة المسؤولية التقصيرية الى تعويضه على أساس المسؤولية التعاقدية ، بل انها لم تتبع من أحكام هذه المسؤولية الا ما كان في مصلحة المدعى ، فقد قضت له بالتضامن ، في حين أن التضامن لا يكون الا في المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية ، وهذا الخلط في الأحكام بين المسئوليتين تأباه القواعد الأولية للمرافعات في مواد الحقوق المدنية .

وحيث انه متى كان هذا مقرا ، وكان المدعى — على ما هو ثابت في محاضر جلسات المحاكمة — قد أسس دعواه على المسؤولية التقصيرية ولم يطلب أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستثنائية أن يقضى له بالتعريض على أساس اخلال الطاعن بالواجبات التي يفرضها عليه عقد الوكالة ، وكانت الواقعة كما أثبتتها الحكم لا تبرر القضاء بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، فانه يتعين قبول الطعن موضوعا ونقض الحكم المطعون فيه والقضاء برفض الدعوى المدنية .

حكم ٨ مارس ١٩٤٣ في القضية رقم ٦٨٧ سنة ١٣ ق — اتهمت النيابة العمومية زاهر محمد قطقاط بأنه تسبب من غير قصد ولا تعمد في اصابة غريد بولص بطرس أفندي وآخرين وكان ذلك ناشئا عن رعونته واهماله في قيادة أمنيموس اذ اعترض طريقه رجل وضع قسبا على حماره فاستمر في سيره ولم يوقف السيارة حتى يمر الرجل المذكور بدابته واضطر لجانبية الاصطدام به أن يتجه الى أقصى الجهة اليمنى من

الطريق فانقلبت السيارة بمن فيها من المجنى عليهم في منخفض من الأرض على يمين الطريق وأصيب المجنى عليهم بالاصابات الموصوفة بالتقريب الطبي وطلبت عقابه بالمادة ٢٤٤ ع ٠

وادعى فريد بولص بطرس أفندى أحد المجنى عليهم بحق مدنى قدره ١٠٠٠ جنيه وطلب الحكم له بهذا المبلغ على المتهم وعلى شركة السيارات متضامنين بصفتها مسؤولة مع المتهم عن الحقوق المدنية .

ومحكمة جنح قوص الجزئية حكمت بتاريخ ٣ مارس ١٩٤٢ غيابيا ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية والزام رافعها بالمصاريف المدنية عملاً بالمادة ١٧٢ تحقيقاً، جنائلياً .

ومحكمة قنا الابتدائية الأهلية بهيئة استئنافية قضت في الاستئناف بقبوله شكلاً ، وفي الموضوع ثبت لديها أن السائق كان يسير سيراً بطيئاً وأنه لما رأى الدابة المحملة قصباً قادمة من الاتجاه العكسى حول سيرة نحو اليمين ، ولكن تصادف أن الجرف الذى ربط عنده السائق كان خاوياً لأز الفلاحين حفروا الجسر من أسفله فلم يقو الجسر على احتمال السيارة بل انهارت الأتربة وسقطت السيارة ، ولم يكن ظاهر الجسر يدل على أنه قابل للانهار بل كان شكله يدل على خلوه من العيوب ، وقررت المحكمة أن هذا كاف لرفع المسؤولية الجنائية عن المتهم ومن ثم يتعين براءته عملاً بالمادة ١٧٢ تحقيق جنائلياً ورفض الدعوى المدنية المرفوعة من فريد بولص أفندى والزام رافعها بالمصاريف .

فطعن المدعى بالحق المدنى في هذا الحكم بطريق النقض ، وبنى طعنه على عدة أوجه منها الوجهان الآتيان :

الوجه الأول أن الحكم المطعون فيه خال من الأسباب بالنسبة للدعوى المدنية لأن المسؤولية المدنية يصح قيامها مع وجود الشك في قيام المسؤولية الجنائية أو انعدامها ، إذ الخطأ الذى تترتب عليه المسؤولية

المدنية لا يشترط فيه أن يكون بالجسامة التي تستوجب المسؤولية الجنائية .

والوجه الثانى أن المحكمة أخطأت فى رفض الدعوى المدنية مع توفر أركانها ، ذلك لأن الواقعة الثابتة بالحكم تستوجب القضاء بالتعويض (أولا) على أساس وجود خطأ من المتهم ولو لم يبلغ درجة الجسامة للمسئولية الجنائية ، (وثانيا) على أساس أن مسئولية شركة السيارات المسؤولة عن الحقوق المدنية هى مسئولية تعاقدية لا تستلزم اثبات وقوع خطأ من المتهم لأن السيارة التى انقلبت وكان الطاعن من بين ركابها هى سيارة نقل عمومية ، ومن المقرر ثمانونا أن عقدا ينشأ بين المسافر وبين متولى النقل يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بأن ينقل الراكب من محطة القيام الى محطة الوصول سالما .

ومحكمة النقض قررت بتاريخ ٨ مارس ١٩٤٣ فيما يتعلق بالوجه الأول أن القانون حين نص فى المادة ٢٤٤ ع . على عقاب « كل من تسبب فى جرح أحد من غير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عن عدم احتياط وتحرز أو عن اهمال أو عن عدم انتباه أو عدم مراعاة اللوائح ... » قد جاء نصه عاما تشمل عبارته فى الحقيقة والواقع الخطأ بجميع صوره ودرجاته ولو أن ظاهرها فيه معنى الحصر والتخصيص ، فكل خطأ مهما كانت جسامته يدخل فى تناولها ، ومتى كان هذا مقرا . فان الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ المذكورة لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ الذى يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ مدنى مادام الخطأ مهما كان يسيرا يكفى قانونا لتحقيق كل من المسئوليتين . ومتى كان معيار الخطأ ومقداره واحدا فى الحالتين ، فان براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه تستلزم حتما رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ المدعى . ولذلك فان الحكم المطعون فيه حين نفى الخطأ عن المتهم وقضى له بالبراءة للأسباب التى أوردها يكون فى ذات الوقت

قد نفى الأساس المقامة عليه الدعوى المدنية والمحكمة لم تكن في حاجة لأن تتحدث عن هذه الدعوى وتورد لها أسبابا خاصة بها .

ونظرا يتعلق بالوجه الثانى قالت محكمة النقض : أما عن المسؤولية التعاقدية ، فإن المحكمة ما كان يسوغ لها قانونا أن تقضى على أساسها مادامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية ، ومادام المدعى لم يطلب أن يقضى له بالتعويض فيها على أساس المسؤولية التعاقدية — ان صح له أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — ومادامت المحكمة ليس لها أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى يرفعها به صاحبها ، فهي اذ تفعل ذلك تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم وهذا غير جائز فى القانون .

٣ — تلخيص المبادئ التى قررتها هذه الأحكام : ويمكننا أن نلخص المبادئ التى قررتها محكمة النقض فيما يلى :

أولاً — ان الخطأ الذى يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المادة ٢٤٤ ع ٠ لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ الذى يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة ١٥١ مدنى مادام الخطأ مهما كان يسيرا يكفى قانونا لتحقيق كل من المسئوليتين . ومتى كان معيار الخطأ ومقداره واحدا فى الحالتين ، فإن براءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه تستلزم حتما رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ المدعى (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) .

ثانياً — ان الحكم ببراءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه لا يحول دون امكان الحكم عليه بالتعويض بناء على المسؤولية التعاقدية (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) ، أو بناء على مسؤولية السيد عن فعل تابعه (حكم أول فبراير ١٩٤٣) .

ثالثاً — ان تأسيس دعوى التعويض على قواعد المسؤولية التعاقدية

أو قواعد مسئولية السيد عن فعل تابعه يختلف عن تأسيسها على قواعد المسئولية عن الفعل الشخصى ، بحيث يعتبر سبب المسئولية فى كل من هذه الحالات مغايرا لسببها فى الحالات الأخرى ، فلا تملك المحكمة فى دعوى المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصى أن تحكم من تلقاء نفسها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية (حكم أول مارس وحكم ٨ مارس ١٩٤٣) أو على أساس المسئولية عن فعل الغير (حكم أول فبراير ١٩٤٣) ، بل لابد من أن يطلب الخصوم ذلك ، وأن يكون هذا الطلب أمام محكمة أول درجة •

رابعا — أن مسألة اختصاص المحكمة الجنائية بالنظر فى دعوى المدعى بالحق المدنى المبنية على المسئولية التعاقدية (أو غيرها من حالات المسئولية المفترضة) مسألة يصح أن تكون محل نظر (حكم ٨ مارس ١٩٤٣) •

٤ — عرض هذه المبادئ ومناقشتها وتطبيقها : نرى أن نعرض هذه المبادئ فى ضوء أحكام المحاكم وآراء الشراح على الترتيب الذى أوردناها به ، ونفرض تسهلا للبحث أن دعوى التعويض منظورة أمام المحكمة المدنية بعد صدور الحكم الجنائى بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ الذى أسست عليه الدعوى العمومية • فإذا رأينا جواز الحكم فيها بالتعويض فرضنا رفعها بطريق الادعاء بالحق المدنى أمام المحكمة الجنائية ، ونظرنا فى جواز الحكم فيها بالتعويض من هذه المحكمة أو عدمه ، ثم نستطيع بعد ذلك أن ننظر فى تطبيق ما استخلصناه من مبادئ على القضايا التى أصدرت فيها محكمة النقض هذه الأحكام الثلاثة •

تقرير المبادئ

٥ - المسألة الأولى : أيجوز للمحكمة المدنية أن تحكم بالتعويض في واقعة معينة بعد صدور الحكم الجنائي فيها بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ الجنائي ؟ : لا بد قبل الجواب عن هذا السؤال أن نبين الحكمة في حجية الشيء المحكوم فيه من المحكمة الجنائية على القاضى المدني ومدى هذه الحجية .

٦ - حكمة حجية الحكم الجنائي : فقد يتبادر الى ذهن بادية الأمر أن حجية الحكم الجنائي على القاضى المدني متفرعة عن حجية الشيء المحكوم فيه عموما ، وانها تشترك معها في شروطها وأحكامها . ولكن الواقع غير ذلك ، اذ أن حجية الشيء المحكوم به عموما أريد بها وضع حد للمنازعات وعدم السماح للمتقاضين بشغل المحاكم بالقضية الواحدة مرات متعددة الى ما لا نهاية . وجعل معيار هذه الحجية اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب ، وأثرها نسبي . أما حجية الحكم الجنائي على القاضى المدني فليس أساسها اتحاد الموضوع لأن موضوع الدعوى الجنائية توقيع العقاب ، وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا اتحاد الخصوم لأن الخصم في الدعوى الجنائية النيابة العمومية وفي الدعوى المدنية المصاب ، هذا فضلا عن أن الحكم الجنائي الصادر بإدانة متهم يقيد القاضى المدني في الدعوى المرفوعة على المسئول مدنيا ، ولو لم يكن مثلا في الدعوى العمومية . فحجبيته حجية مطلقة أى أنها تسرى قبل الكافة erga omnes ، والحكمة فيها كما تقول محكمة النقض المصرية « هي توازن الضمانات المختلفة التي قررها الشارع في الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول الى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات ، الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الاطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام » . وهذا يستلزم حتما ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أى وقت

لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه حتى لا يجبر ذلك الى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء « (١) .

ولذلك زود المشرع المحاكم الجنائية بسلطة في تحرى الحقيقة أوسع كثيرا من سلطة المحاكم المدنية ، واعتبر ما تقرره المحاكم الجنائية من حقائق قضائية أقرب الى الحقائق الواقعية مما تقرره المحاكم المدنية ، فحتم على المحاكم المدنية أن توقف الفصل في الدعاوى الناشئة عن جرائم جنائية اذا رفعت الدعوى العمومية قبل الفصل في الدعوى المدنية ، ولم يجعل لحكما الصادر في الدعوى المدنية قبل رفع الدعوى الجنائية أى أثر على هذه الدعوى (٢) ، ثم حرم عليها عند الفصل في الدعوى المدنية أن تتسكك — أو تعيد النظر — فى شيء مما أثبتته المحكمة الجنائية فى حكمها وكان اثباته ضروريا للفصل فى الدعوى العمومية (٣) . وذلك كله حتى لا تناقض المحكمة المدنية ما قرره المحكمة الجنائية (٤) .

٧ — مدى حجية الحكم الجنائى : وبناء على هذه الحكمة التشريعية يتقيد القاضى المدنى بكل ما فصل فيه الحكم الجنائى فصلا قاطعا لازما للفصل فى الدعوى العمومية . ولهذا قررت محكمة النقض المصرية « أن القاعدة الصحيحة فى حجية الحكم الجنائى الانتهاى أن هذه الحجية تقوم كلما فصل الحكم الجنائى فصلا شاملا ولازما : (١) فى تحقيق

(١) نقض ٩ مايو ١٩٤٠ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ١٧٦ — ٥٧ ، وانظر فى هذا المعنى أيضا مازو نبذة ١٧٤٥ ، والدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ٢٩٦ ، دى باج ج ٢ ص ٧٥٤ نبذة ٩٠٧ ، ونقض بلجيكي ١٠ يونيو ١٩٢٩ بلزيريزي ١٩٢٩ — ١ — ٣٢٢ .

(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٠٢ المجموعة ٤ ص ٥٩ ، ٧ ديسمبر ١٩٣٦ الحماية ١٧ — ٧١٦ — ٣٥٠ ، ١٦ ديسمبر ١٩٤٠ الحماية ٢١ — ٦٩٠ — ٣٠٢ .

(٣) نقض اول يونيو ١٩٢٦ الحماية ٧ — ٣٢٥ — ٢٢٥ ، مازو نبذة ١٧٦٦ ، لالو نبذة ١٧ ، بيرسون ودى فيليه فى المسئولية المدنية ج ٢ ص ١٥٦ نبذة ٣١٢ مكرزة .

(٤) نضبات بك فى الاثبات ج ٣٠٣ نبذة ٥٢٩ ، بيرسون ودى فيليه ج ١ ص ١٧٢ نبذة ٣١٩ ، كولان وكليبتان الطبعة الثامنة ج ٢ ص ٤٥٩ نبذة ٤٩٣ .

الفعل الذى يكون الأساس المشترك لكتلا الدعويين الجنائية والمدنية ،
(٢٠) فى الوصف القانونى لهذا الفعل ، (٣) فى ادانة وعدم ادانة المتهم
بارتكاب الفعل . فاذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور جميعا ،
اصبح باب بحثها مغلقا أمام المحاكم المدنية ، وتعين على تلك المحاكم أن
تعتبرها ثابتة وتسير فى بحث الحقوق المدنية المترتبة عليها على هذا
الأساس بحيث يكون حكمها متناسقا مع الحكم الجنائى السابق
صدوره » (٥)

فاذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الفعل المسند الى المتهم قد وقع
منه جزما وأنه يكون الجريمة المتهم بها ، فلا سبيل بعد ذلك لاعادة
المحكمة المدنية البحث فى شئ من ذلك جميعا (٦) ، ولو كانت الدعوى
المدنية مرفوعة على المسئول مدنيا الذى لم يكن ممثلا فى الدعوى
العمومية (٧) .

أما اذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الواقعة المسندة للمتهم لم تقع
أصلا ، أو بأنها لم تقع من المتهم بالذات ، أو بأنه لم يترتب عليها ضرر ،
أو بأنه لا توجد بين الضرر وخطأ المتهم علاقة نسبية ، كان لحكمها أيضا
حجية الشئ المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية ، ولكن يشترط فى ذلك
أن يكون ما قطع به القاضى الجنائى فى هذا الشأن ضروريا للفصل فى
الدعوى العمومية بحيث لا يعتبر تعرضه له تقيدا منه (٨) . فمثلا اذا

(٥) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٣٩ الحماية ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ ، غازيت
المحكم المخططة ٣١ — ١٠٤ — ١٤٠٢ ديسمبر ١٩٣٩ الحماية ٢٠ — ٧٦١
— ٢٩٤ ، وانظر نقض فرنسى ٢٩ يوليه ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ — ٦ — ٥
وتعليق ريبير .

(٦) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٣٩ الحماية ١٩ — ١١١٦ — ٤٤٣ .
(٧) استئناف ٢٠ مارس ١٩٠٦ المجموعة ٧ — ١٨٢ — ٨٩ ، ١٨ يناير
١٩٣٨ الحماية ١٨ — ٦٣٧ — ٣٠٦ ، استئناف ١٩ يناير ١٩٢٧ الحماية ٧ —
٥٨٨ — ٣٩٢ .

(٨) نقض جنائى ١٩ مايو ١٩٤٠ الحماية ٢١ — ٤٨ — ٢٢ ، وانظر
مازو نبذة ١٨٠٨ وما بعدها ، مضطفى مرمى نبذة ٣٣٤ وما بعدها .

أثبت القاضى الجنائى فى حكمه وقوع خطأ من المجنى عليه ، فان هذا لا يقيد المحكمة المدنية لأنه لم يكن لازما له فى الفصل فى الدعوى العمومية ويعتبر ترديدا منه لا تثبت له حجية الحكم الجنائى (٩) .

وإذا كان حكم البراءة مبنيا على الشك فى مسئولية المتهم ، أو على عدم كفاية الأدلة ، يرى البعض أن هذا الحكم يمنع المحكمة المدنية من إعادة البحث فى الموضوع ، لأنه مادامت المحكمة الجنائية التى خولها المشرع سلطة واسعة فى التحقيق والاثبات قد قررت عدم امكان اثبات مسئولية المتهم ، فلا يجوز أن يسمح للمحكمة المدنية ذات السلطة المحدودة أن تقول بإمكان اثبات هذه المسئولية . هذا فضلا عن انه اذا أتيح للمحكمة المدنية قبول أدلة أخرى والحكم بالتعويض — ان رأت أن الأدلة أصبحت كافية — فان هذا يؤدى الى امكان اثبات جريمة دون سبيل الى محاكمة فاعلها لسبق الحكم ببراءته من المحكمة الجنائية ، وفى هذا مخالفة واضحة لنظم العدالة بين أفراد المجتمع (١٠) .

ويرى فريق آخر أن الحكم الجنائى فى هذه الحالة لا يمنع المحكمة المدنية من إعادة البحث فى الموضوع ، لعلها تظهر باثبات ما يبرر حكمها

(٩) استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٣٨ المحامة ١٩ — ٥٢٦ — ٢٢٢ ، الاسكندرية الوطنية ٨ مايو ١٩٣٧ المحامة ١٨ — ٣٦٣ — ١٨٦ ، مصر المختلطة ٢٩ مايو ١٩٤٠ و ٥ يونيه ١٩٤٠ الغازيت ٣١ — ٥٣ — ٤٥ ، نقض فرنسى (عرائض) ١٨ فبراير ١٩٣٥ دالوز الاسبوعى ١٩٣٥ — ١٦٤ ، نشأت فى رسالة الاثبات نبذة ٥٩٠ ، مازو نبذة ١٧٩٨ و ١٨٤٢ ، بيرسون ودى فيليه ج ٣ ص ١٥٨ نبذة ٣١٢ ، وكذلك اذا قضت المحكمة ببراءة المتهم (سائق السيارة) بناء على أن الحادث وقع بخطأ اجنبى (خفير مزلقان) استئناف ٢٤ يونيه ١٩٣٣ المحامة ١٤ — ٢ — ١٧٥ — ٩٠ .

(١٠) نقض جنائى ١٩ مايو ١٩٤٠ المحامة ٢١ — ٤٨ — ٣٢ ، أبو نيح الجزئية ٢٥ يناير ١٩٣٠ المحامة ١١ — ١٨٥ — ١١٣ ، نقض فرنسى (مدنى) اول أبريل ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ٢ — ٨٧٦ ، نشأت نبذة ٥٨٩ ، هبك ج ٨ نبذة ٣٤٠ ص ٤٣٧ ، مازو نبذة ١٨٠٩ ، بيرسون ودى فيليه ج ٢ ص ١٧٢ نبذة ٣١٩ ، سامى مازن فى مجلة القاتون والاقتصاد ٢ — ٣٤٨ ، جريولى فى دالوز ١٨٦٤ — ١ — ٤٢٨ .

بالتعويض ، لأن تقرير المحكمة الجنائية انها لم تستطع اثبات الخطأ لا يجزم بعدم وقوعه ولا يتعارض مع قيام المحكمة المدنية بإثباته (١٠ مكرر) . ولا يقيم القائلون بهذا الرأي وزناً لما يعترض به من أن الحكم بالتعويض يكشف عن جريمة لا يمكن محاكمة لها ، لأنهم يعتبرون الخطأ المدني غير الخطأ الجنائي ، ويذهبون بناء على ذلك الى حد القول بأن حكم البراءة حتى لو جزم بعدم وقوع الخطأ المسند الى المتهم لا يمنع المحكمة المدنية من البحث عن وقوع خطأ مدني يستتبع الحكم بالتعويض (١١) .

والظاهر من حجج الفريقين أن أساس الخلاف بينهما هو في اختلاف وجهة نظر كل منهما الى الخطأ المدني والخطأ الجنائي من حيث ضرورة التلازم بينهما أو عدم ضرورته . فالقول باستقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي يؤدي الى اجازة الحكم بالتعويض في حالتى الحكم بالبراءة سواء أكان ذلك للشك في وقوع الخطأ الجنائي أم للجزم بعدم وقوعه . أما القول بالتلازم بين الخطئين ، فيترتب عليه أن الحكم بالتعويض يستحيل في حالة الجزم بانتفاء الخطأ الجنائي ، ولكنه يبقى محل خلاف في حالة البراءة لعدم كفاية الأدلة . ولذلك يتعين البحث في الصلة بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي .

(١٠ مكرر) استئناف ٣ فبراير ١٩١٢ المجموعة ١٣ - ٢٤٦ - ١١٨ ،
١٩ يناير ١٩١٤ المجموعة ١٥ - ١١٨ - ٦١ ، ١٩ نوفمبر ١٩٧١ المجموعة
١٩ - ٤٦ - ٣١ ، ١٣ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ - ٣٢ - ١٠٢ ، ٤ مايو
١٩٢٥ المحاماة ٥ - ٧٤٧ - ٦١٧ ، ١٧ أبريل ١٩٢٩ المحاماة ٩ - ٦٤٦ -
٤٠٨ ، الاستكدرية الاهلية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ - ٥٩٨ - ٢٩٨ ،
اسيوط الجزئية ١٤ مايو ١٩٢٩ المحاماة ١٠ - ٧٧٩ - ٣٨٩ ، استئناف
مصر ٢٣ ديسمبر ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ - ٣٩٤ - ١٩٢ المحاماة ١١ - ٨٢٣ -
٤٢٥ ، القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٣٩ وتعليق الاستاذ محمد سامى مازن ،
نقض مدني ١٢ يناير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ - ١١١٦ - ٤٤٣ ، جaro ، تحقيق
جنايات ج ٦ نبذة ٢٣٥٥ ثانيا ، جرائمونان تحقيق جنايات ج ٢ ص ٢٧٦ ،
ذهنى في المداينات ج ٢ ص ٤٧٦ والموسوعة البلجيكية تحت كلمتى
Chose Jagée نبذة ١٨٢ والمراجع المشار اليها في نبذة ١٨٤ .

(١١) روتسارتر ، في أساس المسؤولية اللاتفاقية ، بروكسيل
١٩٤٠ ص ٢٧٠ ، وليمس Willems في المجلة العابرة للقانون والتشريع
والقضاء ١٨٩٥ ، المجلد ١٩ ص ٤٠٦ .

٨ - الخطأ الجنائي والخطأ المدني : الخطأ الجنائي خطأ موصوف يقوم على النص عنه في قانون العقوبات . أما الخطأ المدني فهو كل انحراف عن قاعدة سلوك عامة ، وتقديره متروك للقاضي (*) . ولكن ألا يمكن مع ذلك أن يختلط أحدهما بالآخر اختلاطا تاما بحيث لو انتفى الخطأ الجنائي اختفى معه الخطأ المدني ؟

يجب للجواب عن ذلك أن نفرق بين جرائم العمد وجرائم الإهمال .

٩ - في جرائم العمد . غفى جرائم العمد يعتبر القصد الجنائي أحد أركان الجريمة الجنائية ، وبعبارة أخرى فإن الخطأ الجنائي لا يتوافر إلا إذا كان المتهم قد ارتكب الفعل متعمدا إياه ، فإذا انتفى القصد انتفى معه الخطأ الجنائي ووجب البراءة . ولكن هذا الفعل الذي ارتكبه المتهم بغير عمد قد يكون انحرافا عن قاعدة السلوك العامة ، فيعتبر خطأ مدنيا يستوجب الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة في الدعوى العمومية (١٢) .

وكذلك الحال إذا كان القصد الجنائي لا بد من اقترانه باستعمال طرق احتيالية لتوافر الخطأ الجنائي كما في جريمة النصب ، وحكم براءة المتهم لعدم استعماله طرقا احتيالية ، فإن مجرد الكذب الذي وقع منه يعتبر خطأ مدنيا يستوجب التعويض (١٣) .

١٠ - في جرائم الإهمال : أما إذا كان قانون العقوبات لا يشترط العمد في الجريمة ، فليعاقب على ارتكابها بمجرد الإهمال ، فيبدو أول

(*) يراجع في تعريف الخطأ وضبط معياره بحثنا الذي تقدم نشره في ص ٣ وما بعدها .

(١٢) نقض جنائي ٣ يونيو ١٩٠٥ المجموعة ٧ - ٢٦ - ١٢ ، استئناف مخطوط ٢٣ أبريل ١٩٢١ (٤٣ ص ٣٦٧) ، ٢٠ فبراير ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٥٦) ، نشأت ص ٣٤٦ نبذة ٥٩٢ ، مازو نبذة ١٨١٨ ، جازو تحقيق جنابات ج ٦ نبذة ٢٣٤٤ ونبذة ٢٣٥٥ أولا ، هيك ج ٨ ص ٤٣٨ .
(١٣) استئناف مخطوط ١٩ يونيو ١٩٣٩ الغازيت ٣١ - ٤٦ - ٣٤ ، نشأت نبذة ٥٩٤ مكرر .

الأمر أن الخطأ الجنائي يتسع حتى يشمل الخطأ المدنى فينتفى هذا بانتفاء ذاك ، ويمتنع الحكم بالتعويض مع الحكم بالبراءة . ولكن المسألة أدق من أن يكتفى فيها بهذه النظرة السطحية ، وهى فى الواقع محل خلاف شديد طال عليه الأمد ولما ينحصر بصفة نهائية . وأهم مثال لذلك جرائم القتل والجرح خطأ المنصوص عنها فى المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ ع (١٤) . فيحسن أن نستعرض بشأنها أحكام المحاكم وآراء الشراح .

١١ - أحكام المحاكم : جرت المحاكم الفرنسية والبلجيكية منذ وضع مجموعات القوانين فى عهد نابليون على التمييز فى حالة القتل والجرح خطأ بين الخطأ الجنائي والخطأ المدنى ، وأجازت الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة (١٥) .

واستمرت المحاكم البلجيكية على ذلك عدة سنوات بعد تعديل قانون العقوبات فى سنة ١٨٦٧ ، ولكنها نبذت هذا الرأى فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى واعتبرت أن المادتين ٤١٨ و ٤٢٠ قد نصتا على جميع أنواع الخطأ بحيث يتعذر وقوع أى خطأ مهما كان يسيرا لا يقع تحت طائفتهم ، وعلى ذلك قضت بأن الحكم بالبراءة من تهمة القتل أو الجرح خطأ يفيد حتما انتفاء الخطأ المدنى ويحول دون الحكم بالتعويض (١٦) .

(١٤) نصت المادة ٢٣٨ ع . على أن « من قتل نفسا خطأ أو تسبب فى قتلها بغير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عن عدم احتياط وتحرز أو عن افعال وتفریط أو عن عدم انتباه وتوق أو عن عدم مراعاة وإتباع اللوائح يعاقب بالسجن أو بغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه » . ونصت المادة ٢٤٤ ع . على ما يقرب من ذلك . وهاتان المادتان تقابلان المادتين ٢٠٢ و ٢٠٨ من قانون سنة ١٩٠٤ ، والمادتين ٣١٩ و ٣٢٠ من القانون الفرنسى ، والمادتين ٤١٨ و ٤٢٠ من القانون البلجيكى المعدل فى سنة ١٨٦٧ . انظر الموسوعة البلجيكية نبذة ١٩٣ .

(١٥) نقض فرنسى مدنى ٩ يوليه ١٨٦٦ دالوز ١٨٦٦ - ١ - ٣٣٤ ، وانظر فيما يتعلق بالنقض البلجيكى روتسشرت ص ٢٧٢ وقد اُشير الى البانديكت البلجيكية فى كلمة acquittement نبذة ٣٣٢ .

(١٦) انظر على الاخص نقض بلجيكى أول مارس ١٨٩٤ شيرى ١٨٩٥ - ٤ - ٣٠ ، بروكسيل ٢٧ فبراير ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٢ - ٤ - ٢١ ، والموسوعة البلجيكية نبذة ١٩٣ .

لما المحاكم الفرنسية ، فقد ثبتت على رأيها الأول حتى سنة ١٩١٢ (١٧) . ثم انصرفت عنه هي الأخرى مقتفية أثر المحاكم البلجيكية ، فقررت أنه اذا برأت المحكمة الجنائية المتهم باحداث جرح خطأ ، فان القاضي المدني لا يستطيع أن يقضى للمصاب بتعويض دون أن يعتدى على حجية الشيء المحكوم فيه من المحكمة الجنائية (١٨) . ولكنها عادت الى رأيها السابق بين سنتي ١٩٢٤ و ١٩٢٦ في عدة أحكام أجازت القضاء بالتعويض بالرغم من الحكم بالبراءة (١٩) . غير أنه لوحظ على هذه الأحكام أن موضوعها جميعا أحكام جنائية صادرة من محاكم استثنائية ، كمحاكم التجارة البحرية والمحاكم العسكرية ، ولذلك لم يستغرب أن تعود محكمة النقض الفرنسية بعد سنة ١٩٢٦ الى نظرية استغراق الخطأ الجنائي للخطأ المدني وعدم جواز القضاء بالتعويض مع الحكم بالبراءة (٢٠) ، الا أن قسما كبيرا من محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية لم ينضم الى رأى محكمة النقض في ذلك (٢١) .

(١٧) انظر نقض فرنسي (عرائض) ٣١ اكتوبر ١٩٠٦ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٥١١ .
(١٨) نقض فرنسي (مدني) ١٨ ديسمبر ١٩١٢ و ١٢ يونيه ١٩١٤ دالوز ١٩١٥ — ١ — ١٧ ، ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٤ .
(١٩) انظر بيان هذه الاحكام في كتاب لالو نبذة ١٩ ، وفي مازو نبذة ٦٤٣ .

(٢٠) نقض فرنسي (عرائض) ١٦ يوليه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ وتعليق سافاتييه ، (مدني) ١٥ يناير ١٩٢٩ دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٤١ وتعليق سافاتييه ، سيري ١٩٣٠ — ١ — ١٧٧ وتعليق آسمان ، (مدني) اول ابريل ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٧٦ . وانظر في تفصيل تطور القضاء في هذا الموضوع :

J. Bichot, La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris, 1932, p. 23 et s.

(٢١) انظر على الاخص باريس ٢٨ نوفمبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ١١٤ ، ليون ٢٤ يوليه ١٩٣٣ دالوز الاسبوعي ١٩٣٣ — ٥٥٢ ، بواتيه ٥ مارس ١٩٣٦ غازيت القضاء ١٩٣٦ — ١ — ٥٩٧ ، محكمة Epinal ١٤ يوليه ١٩٢٥ غازيت القضاء ١٩٢٥ — ٢ — ٦٢٩ والاحكام الاخرى التي اشار اليها مازو في نبذة ١٨٢٣ هامش ٤ وببيسون في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٣ النهر الثاني .

وفي مصر قضت المحاكم بأنه اذا برأت المحكمة الجنائية المتهم من تهمة اصابة شخص خطأ ، فان حكمها — باعتبار أنه لم يفصل الا في أمر انطباق أو عدم انطباق التهمة على أحكام قانون العقوبات — لا يحول دون بحث القاضى الدنى فيما اذا كانت الوقائع المنسوبة الى المتهم تعتبر شبه جنحة يترتب عليها مسئولية مدنية (٢٢) . وقد علت ذلك محكمة الاسكندرية الأهلية باختلاف ماهية الخطأ أو الاهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية في حالة القتل خطأ (٢٣) ، وعلته محكمة استئناف مصر « بأن التقصير في ايجاب ضمان التلف يختلف في الدرجة عن الاهمال في ايجاب العقوبة على القتل أو الجرح الخطأ ، وان كانا من طبيعة واحدة ، وبأنه لا تناقض بين أن تجد المحكمة المدنية ما يوجب الضمان فيما لم تر المحكمة الجنائية محلا للعقوبة عليه » ، وبناء على ذلك قضت بأن مالك البناء يكون مسؤولا اذا تصدع بناؤه باهماله فأتلف ملك جاره ، وأن هذه المسئولية المدنية لا ترتفع عنه ولو حكم ببرأته جنائيا من تهمة القتل الناشئ عن الاهمال (٢٤) .

غير أن محكمة النقض المصرية لم تر السير في هذا الاتجاه الذى اتجهته محاكمنا الابتدائية والاستئنافية والذى سارت عليه المحاكم الفرنسية قرنا كاملا ، بل أخذت تترسم الخطوات المتعددة التى خطتها محكمة النقض الفرنسية منذ سنة ١٩١٢ ، فأخذت في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ بالرأى القائل بوحدة الخطأ الجنائى والمدنى في جرائم الاهمال وقالت في أسباب حكمها : « ومن حيث أن أساس الدعوى الحالية هو ما تنسبه الطاعة الى المدعى عليه من تقديمه الى النجار قطعة خشب قديمة لم تتحمل الضغط حتى سقطت بالدعوى وسببت الحادثة ، كما أنها تسند اليه خطأ آخر وهو سوء اختياره لذلك

(٢٢) طنطا استئنافى ١٣ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ — ١٤ — ١١ .

(٢٣) الاسكندرية الوطنية. ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٩٨ —

٢٩٨ .

(٢٤) استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٩ — ٣٨٠ — ٢١٢ .

النجار ، ولذلك فقد اعتبرته مسئولاً بالمادة ١٥١ مدنى عن الخطأ الأول وبالمادة ١٥٢ عن سوء اختياره للنجار . ومن حيث انه يبين من الرجوع الى الحكم الجنائى ... أن الخطأ الذى تنسبه الطاعنة للمطعون ضده هو نفس الأساس الذى قامت عليه الدعوى الجنائية ، وقد عرض الحكم الجنائى لهذا الخطأ غفاه نقياً باتاً عن المطعون ضده . فإذا لوحظ أن المادة القانونية التى كانت النيابة تطلب تطبيقها هى المادة ٢٠٨ ع وأن نص هذه المادة عام يشمل الخطأ أياً كان نوعه ، فإن الحكم الجنائى يجب احترامه أمام القضاء المدنى ويتمين إذن عدم الالتفات الى هذا الشك من وجه الطعن « (٢٥) » .

وما هى قد عادت تؤكد هذا المعنى من جديد فى حكمها الصادر بتاريخ ٨ مارس ١٩٤٣ موضوع هذا التعليق (٢٦) .

هذا هو الرأى الذى سبقت اليه المحاكم البلجيكية ، ثم اتبعت من بعدها محكمة النقض الفرنسية وأخيراً محكمة النقض المصرية . فهل أقره الشراح ؟

١٢ — آراء الشراح : شايح بعض الشراح الحديثين المحاكم فى رأبها الأخير ، وذهبوا الى أن صور الخطأ التى عينها قانون العقوبات ، وهى الرعونة وعدم الاحتياط أو التحرز والاهمال أو التفريط وعدم الانتباه أو التوقى وعدم مراعاة اللوائح تسع كل أنواع الخطأ فى جميع درجاته ، وكل تقصير مهما كان هيناً يمكن أن يقع تحت طائل هذه

(٢٥) نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤ ، القانون والاقتصاد ١٠ — ٣ — ٣٧ — ١٢ (وبالنسبة للشك الثانى من الطعن قررت المحكمة أن النجار لا يعتبر تابعاً للمالك) . وأنظر أيضاً نقض ٢١ مايو ١٩٢١ ، المحاماة ٢ — ١٧٥ — ٥١ . قارن ذلك نقض جنائى ١٧ نوفمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٤٦٨ — ١٨٥ .
(٢٦) راجع عبارات هذا الحكم فيما سبق ص ٩٦ وما بعدها .

العبارات الواسعة المعنى (٢٧) • قائلان الجنائي بحاسب في هذه الحالة على الخطأ اليسير كما يحاسب عليه القانون المدني ، فليس ثمت مجال للتفرقة من حيث الدرجة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني • يضاف الى ذلك أن معيار تقدير كل من الخطئين واحد ، فكما أن الخطأ المدني يقدر بمعيار موضوعي — أى بمقارنة مسلك المدعى عليه بمسلك رجل متوسط اذا وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها المدعى بمسئوليته — فكذلك الحال في تقدير الخطأ الجنائي في جرائم الاهمال التي ترك المشرع فيها للقاضي تقدير الاهمال (٢٨) • ورتبوا على ذلك أنه اذا اتهم انسان بتهمة قتل أو جرح وقع خطأ — وتحددت في وصف التهمة الواقعة التي تكون ركن الخطأ فعلا كان أو تركا — وقضى جنائيا ببراعته ، فليس للقاضي المدني بعد ذلك أن يرى في هذه الواقعة خطأ يبيح المساطلة المدنية لأن في ذلك مساسا بالاحترام الواجب للحكم الجنائي (٢٩) •

غير أن الكثرة الغالبة من الشراح لا تزال ترى أن الخطأ الجنائي يختلف عن الخطأ المدني في جرائم الاهمال هذه كما في غيرها ، بالرغم من شمول ألفاظ القانون الخاصة بها — في الظاهر على الأقل — لكل صور

(٢٧) لاكوست نبذة ١١١ ، بلانويول وريبير واسمان ج ٦ ص ٩١٦ نبذة ٦٧٩ ، مازو نبذة ٦٤٠ وما بعدها ونبذة ٢١٤٩ ، كافاروك في تعليق على حكم ريوم ٦ مارس ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٤٠ ، جارو ج ٥ نبذة ٢٠٥٦ ، Nypels في حاشية قانون العقوبات البلجيكي المادة ٤١٨ ، Morel في سيري ١٩١٤ — ١ — ٢٤٩ وفي سيري ١٩٢١ — ١ — ١٧ ، مصطفى مرمي ص ٥١ نبذة ٥٦ ، سساي مازن في مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٥٠ ، على بدوي في الجريمة سنة ١٩٣٨ ص ٢٨٠ ، القلبي في المسؤولية الجنائية سنة ١٩٤٥ ص ٢٢٦ •

(٢٨) مازو نبذة ٦٤٠ وما بعدها • وإلى هذا اشارت محكمة النقض في حكم ٨ مارس ١٩٤٣ عندما قررت أن كل خطأ مهما كانت جسامته يدخل في متناول المادة ٢٤٤ ع ، وأن الخطأ الجنائي المنصوص عليه في هذه المادة لا يختلف عن الخطأ المدني في أى عنصر من عناصره ، وأن معيار الخطأ ومقداره في الحالتين واحد (راجع ما تقوم في ص ٩٦ وما بعدها) •

(٢٩) هيك ج ٨ نبذة ٣٤٠ ص ٤٣٧ •

الخطأ الممكنة (٣٠) . ولذلك لا يرون تناقضا بين الحكم بالتعويض والحكم بالبراءة . ويعمل بعضهم ذلك بأن القانون الجنائي ، لا يتعرض الا للخطأ الجسيم الى حد ما ، أما في القانون المدني فيسأل الشخص عن الخطأ في كل درجاته (٣١) . ويستندون في ذلك الى أن المشرع الجنائي لو أراد غير ذلك لاكتفى باستعمال لفظ الخطأ كما استعمله القانون المدني ، ولما احتاج الى تعداد صور الخطأ التي تقع تحت طائلة العقاب ، تلك الصور التي يعتبرها شراح القانون الجنائي واردة على سبيل الحصر ، والتي

(٣٠) بارتان في الطبعة الخامسة من اوبري ورو ج ١٢ نبذة ٧٦٩ مكرر ص ٤٧٠ هامش ١٨ في نهايته ، ديولومب ج ٣٠ نبذة ٤٢٧ ، ماركاديه الطبعة الثانية ج ٥ ص ٢٠٩ ، جارسون في حاشيته على قانون العقوبات المادتان ٣١٩ و ٣٢٠ نبذة ١٩ ، نيدال في شرح قانون العقوبات الطبعة السابعة بإشراف مانيول ، باريس سنة ١٩٢٨ ص ١٨٢ ، دنديه دي نابي ص ٩٠١ ، رو ج ١ نبذة ٤٠ ، رو تعليق في سيري ١٩٢٧ - ١ - ٣٣ (النهر الثالث) ، ريبير تعليق في دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٧ (النهر الاول) ، اسمان تعليق في سيري ١٩٢٤ - ١ - ٣٢٣ (النهر الثاني) ، وليز في المجلة العامة للقانون والتشريع والقضاء المجلد ١٩ ص ٤٠٥ ، سوردا في المسؤولية المدنية الطبعة السادسة ج ١ ص ٣٤٦ نبذة ٣٦٧ ثالث ، لابورد لأكوست في المسؤولية الجنائية وعلاقتها بالمسؤولية المدنية رسالة دكتوراه بورديو ١٩١٨ ص ١٩٦ وما بعدها ، بريدوم في المجلة الانتقادية ١٩٢٥ ص ٢١٣ - ٢١٧ نبذة ٩ وما بعدها ، جان شميدت في الخطأ المدني والخطأ الجنائي باريس ١٩٢٨ ص ١٠٦ و ص ١٨٥ ، روتسارث ص ٢٧٢ ، دي باج ج ١ نبذة ٩٠٧ حرف ١ ، أحمد أمين في شرح قانون العقوبات ص ٣٧٠ ، أحمد نشأت في الاثبات نبذة ٥٩٤ ، محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى في شرح قانون العقوبات ج ١ ص ٣٦٤ ، شيرون وبديوي ص ٧٠ فقرة ٣٣ .

Hébraud, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, thèse Toulouse, 1929, p. 480; Gros, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, thèse, Montpellier, 1928; Capitant, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1919-1920 p. 203; J. Loup, La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris, 1932, p. 37 et s.

وتعليقات دالوز على المادة ١٣٥١ نبذة ٢١٤٨ والمراجع المشار اليها فيها .

(٣١) أحمد أمين بك ص ٣٧٠ ، وبهذا التعليل اخذ حكم استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ السابق الاشارة اليه .

يفسرون ايرادها على هذا الشكل في قانون العقوبات الفرنسى عند وضعه في سنة ١٨١٠ — حيث لم يكن فيه لنظام الظروف المخففة شأن يذكر في النزول بالعقوبات عن حدها الأدنى — برغبة المشرع اذ ذاك في استبعاد تطبيق ذلك الحد الأدنى من العقوبات على بعض الصور الخفيفة من الخطأ (٣٢) • ويعلمه غيرهم بأن القاضى الجنائى لا حصة له في تقدير الواقعة الا من الناحية الاجرامية وبغية توقيع العقوبة ، فاذا قرر أن المتهم لم يرتكب خطأ ، فان ذلك لا يفيد قانونا سوى أن الأركان المكونة للجريمة التي يعاقب عليها القانون الجنائى لم تتوافر في هذه القضية • اذ أن الظرف الواحد قد لا يكون استجابا للعقوبة الجنائية واضحا بدرجة كافية ، ولكنه يبدو للقاضى المدنى — المكلف بفرض التعويض جزاء كل خطأ مهما كان يسيرا — كافيا لتبرير الحكم بتعويض مالى • ولذلك يجب أن يترك للقاضى المدنى كامل السلطة في تقدير هذه الوقائع دون التقيد في ذلك بحكم القاضى الجنائى (٣٣) •

١٣ — ترجيح فكرة استقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى :
ونحن نرى هذا رأى الأخير أقرب الى الصواب ، ونعتقد أنه بالتأمل في الرأى الذى ذهبت اليه المحاكم أخيرا يتضح أنه تجاهل حقيقتين ثابتتين متعلقتين بطبيعة كل من الخطئين وبمراجع تقديرهما عند القاضى وأنه يؤدى الى نتائج لا تتفق مع مصلحة العدالة ولا مع المنطق القانونى •

(١) من حيث طبيعة كل من الخطئين المدنى والجنائى — انه من المسلم به أن الخطأ الجنائى في جرائم العمد يختلف في طبيعته عن الخطأ

(٣٢) انظر رو في تطبيقه في سبرى ١٩٢٧ — ١ — ٣٤ ، فيدال وماتويل الطبعة السادسة نبذة ١٣٦ ، جارسون في حاشيته على قانون العقوبات على المائتين ٣١٩ و ٣٢٠ نبذة ١٩ ، شوفو وفوشتان هيلى الطبعة السادسة ج ٤ نبذة ١٤١٦ •

(٣٣) سوردا ج ١ ص ٣٤٦ نبذة ٣٦٧ ثالث ، وبهذا التعليل أخذ حكم طنطا ١٣ يناير ١٩٢٦ والاسكندرية ١٤ ديسمبر ١٩٢٩ السابق الاشارة اليهما •

المدنى ، وأن الأول ينظر فيه الى الناحية الاجرامية ومن حيث اضراره بالمجتمع ، ويكون جزاؤه عقوبة زاجرة رادعة ، في حين أن الثانى ينظر فيه من حيث اضراره بالفرد واخلاله بالتوازن بين الذمم المالية ويكون جزاؤه اعادة هذا التوازن بتعويض مالى . فاذا اتسعت دائرة الخطأ الجنائى فى جرائم الاهمال حتى شملت — من الناحية النظرية على الأقل — جميع صور الخطأ المدنى وطابقت بذلك دائرة هذا الخطأ ، فان التطابق لا يبرر بأى حال اغفال الفرق فى طبيعة كل من الخطئين ، والقول بوحدة الخطأ .

(ب) ومن حيث مرجع تقديرهما عند القاضى — ان العقوبات التى يوقعها القاضى طبقاً لنصوص قانون العقوبات تدمج الشخص عادة بطابع الاجرام ، ولذلك أوجبت روح التشريع على القاضى الجنائى ألا يستعمل سلطته المطلقة فيما يتعلق بتقدير ثبوت الجريمة الا بمقتضى الحذر ، مع ترجيح جانب البراءة عند الشك . وبما أن أمر تقدير الخطأ متروك للقاضى ، فيجب عليه اذا تردد فى وصف الفعل الذى وقع من المتهم بأنه خطأ يستوجب عقوبة أو انه ليس كذلك أن يرجح جانب البراءة على الادانة ويحكم بنفى الخطأ ، ولا سيما أن المجتمع ، وهو المجنى عليه ، يتأذى من عقاب شخص برىء أكثر مما يتأذى من تبرئة شخص مذنب ليس ذنبه بدرجة من الواضوح كافية لاقتناع القاضى بشكل قاطع . أما الاتجاه العام فى المسؤولية المدنية ، فعلى النقيض من ذلك ، اذ يرمى الى مساعدة المصاب وتسهيل حصوله على التعويض فى كل الحالات التى يظل سببها مجهولاً لعدم قيام الدليل على خطأ الفاعل أو على أى سبب أجنبى معين (٣٤) . فالتشريع قد نص على اعتبار الشخص مخطئاً لمجرد وقوع الضرر من حيوانه أو من تابعه ، والمحاكم قد توسعت فى فهم الواجبات القانونية تسهيلاً لتقرير وقوع الخطأ من المدعى عليه ، كما توسعت فى استعمال القرائن القضائية وفى التسليم بوجود قرائن

قانونية (٣٥) ، فأصبح يصح القول بأن القاضى المدنى اذا وجد أقل شبهة على خطأ المدعى عليه ، فإنه لا يتردد فى الحكم عليه بالتعويض ، فى حين أن القاضى الجنائى لو تشكك وجب عليه الحكم بالبراءة (٣٦) .

(ج) ومن حيث توفير المرونة اللازمة لتحقيق العدالة : غان القول بوحدة الخطأ الجنائى والخطأ المدنى لا يدع للقاضى الا أن يختار بين أن يحكم بالادانة والتعويض معا ، أو أن يحكم بالبراءة ورفض التعويض معا ، فيجمله ذلك أحيانا على رفض التعويض لأنه يستكثر الادانة الجنائية ، وأحيانا أخرى على رفض البراءة لشعوره بأن العدالة تقتضى منح تعويض للمصاب . وليس من شأن ذلك أن يساعد على تحقيق العدالة على الوجه الأكمل . أما القول باستقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى وعدم التلازم بين المسئوليتين ، فإنه يتيح للقاضى حلا وسطا يستطيع أن يدرأ عن طريقه فى كثير من الحالات عيوب الحلين المتطرفين .

فمثلا اذا تصدع بناء باهمال مالكة فقتل أحد الجيران وأتلف ماله ، ورأت المحكمة تبرئة المالك من تهمة القتل الناشئ عن الاهمال ، جاز لها بالرغم من ذلك الزام المالك بتعويض الضرر الذى أصاب الجار (٣٨) ، واذا كلف مالك نجارا بعمل معين وقدم له قطعة خشب قديمة لم تتحمل الضغط حتى سقطت بأحد السكان وسببت الحادثة ، أمكن المحكمة أن تلزم المالك بالتعويض دون أن تقضى عليه بعقوبة القتل الناشئ عن الاهمال (٣٨) ، وكذلك اذا ارتكب سائق سيارة حادثا بسبب انطفاء أنوار سيارته قبيل وقوع الحادث دون أن يفتن الى انطفائها ، فقد

(٣٥) انظر رسالتنا المذكورة أيضا ص ١٩ وما بعدها .

(٣٦) روتسائرت ص ٢٧٤ ، وانظر كابيتان فى دالوز الاسبومى ١٩٣٠ ص ٦١ ، اسبان فى تعليقه فى ميري ١٩٢٤ — ١ — ٣٢٣ (النهر الثانى) .

(٣٧) انظر استئناف مصر ٢٨ يناير ١٩٢٨ السابق الاشارة اليه .

(٣٨) قارن نقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ السابق الاشارة اليه .

تتخرج المحكمة من توقيع العقوبة عليه ولكنها قد ترى العدالة في إلزامه بالتعويض .

ولا يصح أن يعترض على هذا الحل بأنه يؤدي إلى مناقضة الحكم المدني للحكم الجنائي ، مادام مسلما بأن الخطأ الذي يفصل فيه كل من الحكّمين يختلف عن الآخر في طبيعته وفي مرجع تقديره (٣٩) .

(د) ومن حيث ارتباط هذه المسألة بالمسالتين التاليتين : غانا سنرى أن المحاكم خالفت في المسألة الثانية منطق نظريتها ، واضطرت — بالرغم من تقريرها وحدة الخطأ المدني والخطأ الجنائي — إلى التسليم ، حتى في حالة الحكم بالبراءة ، بجواز الحكم بالتعويض بناء على المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية المفترضة ، وعلت ذلك بأن سبب المسؤولية في هذه الحالات الأخيرة يختلف عن سببها في حالة المسؤولية العادية أي المبنية على خطأ ثابت ، ثم جرها ذلك إلى النتائج التي رتبته على نظريتها في تعدد سبب المسؤولية عن الفعل الضار الواحد ، تلك النتائج التي سنرى أنه لا يمكن التسليم بها ، فضلا عن ارتكانها على

(٣٩) وقد أخذ بذلك المشرع البرتغالي في المادة ٢٥٠٥ من نصها :

L'acquiescement du prévenu par les tribunaux criminels ou correctionnels ne s'oppose pas à l'action en dommages-intérêts.

والمشروع الفرنسي الإيطالي في المادة ٣٠٣ منه ونصها :

«La demande de dommages-intérêts en raison d'un préjudice causé par un acte illicite ne peut être écartée par l'exception de chose jugée résultant de la décision d'une juridiction répressive, qui, statuant exclusivement sur la question de culpabilité, aurait prononcé l'absolution ou l'acquiescement de l'inculpé».

وكذلك واضعو مشروع تنقيح القانون المدني المصري في مذكرته الإيضاحية ج ٢ (المادة ٥٤٤ ص ٧٢٤) . وأنظر أيضا فيما يتعلق بالقانون المقارن ديوج ج ٤ نبذة ٥٩٠ وما بعدها .

أساس فاسد •

أما التمسك باستقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى ، فمن شأنه أن يؤدى فيما يتعلق بالمسألة الثانية الى ذات النتائج التى وصلت اليها المحاكم ولكن فى غير مجافاة للمنطق ، وفيما يتعلق بالمسألة الثالثة الى النتائج الصحيحة التى يتعين على المحاكم الأخذ بها ، بدلا من تلك النتائج غير السليمة التى ما وصلت اليها الا لاستنادها فيها على ذلك الأساس الفاسد (٤٠) •

لذلك نرى أن استقلال الخطأ المدنى عن الخطأ الجنائى حقيقة ثابتة ولازمة فى جرائم الإهمال كما فى غيرها ، لأن هذين الخطئين — وان كان ظاهر نصوص قانون العقوبات قد يوحى الى الذهن أنهما لا يختلفان من حيث درجة كل منهما — يختلفان فى طبيعتهما ، كما يختلفان عملا من حيث مرجع تقديرهما عند القاضى ، ولأن التمييز بينهما يكسب القضاء مرونة تساعد على تحقيق العدالة ، ويصلح أن يكون أساسا سليما تبنى عليه المحاكم نتائج مقبولة بدلا من تلك النتائج المنتقدة التى أشرنا اليها (٤١) •

(٤٠) المسألة الثالثة فيها سيجىء ص ١٢٤ وما بعدها .
(٤١) وفى هذا يقول J. Loup فى كتابه فى المسئولية عن حوادث السيارات ، باريس سنة ١٩٣٢ ص ٣٧ و ص ٢٨ •

La jurisprudence actuelle traduit un déséquilibre qui ne disparaîtra que lorsqu'elle sera revenue au système de la dualité des fautes— La doctrine la plus récente proteste, nous venons de le voir, contre les exagérations de la jurisprudence actuelle. Ces protestations s'adressent, en même temps qu'à l'identification des fautes pénale et civile, à l'atteinte trop grande que la jurisprudence porte à la liberté du juge civil par son système de l'autorité de la chose jugée.

وانظر فى هذا المعنى ايضا Hébraud فى كتابه فى حجية الشيء المحكوم فيه فى الجنائى على المدنى ، تولوز سنة ١٩٢٩ ص ٤٨٥ •

١٤ - المسألة الثانية : أيجوز بعد الحكم بالبراءة في الدعوى العمومية القضاء بالتعويض بناء على المسؤولية التعاقدية أو على المسؤولية التقصيرية المفترضة (المواد ١٥١ غقرة ثانية و ١٥٢ و ١٥٣ مدنى قديم) .

لا شك عندنا في جواز ذلك طبقا للرأى الذى أخذنا به في المسألة الأولى ، لأنه اذا كان يجوز للمصاب بعد الحكم بالبراءة أن يقيم الدليل على وقوع خطأ مدنى من المدعى عليه ، فمن باب أولى يجوز له أن يتمسك قبله بالمسؤولية المفترضة أى التى تقع على عاتق المتسبب فى الضرر دون حاجة الى اقامة الدليل على خطئه (٤٢) .

أما الأخذ بما ذهبت اليه المحاكم في شأن المسألة الأولى ، فيؤدى منطقيا الى عكس ما نقول به في هذه المسألة الثانية . ذلك أن حالات المسؤولية المفترضة ، بما فيها المسؤولية التعاقدية ، اما أن تعتبر حالات خطأ مفترض طبقا لرأى بعض الشراح ، واما أن تعتبر حالات خطأ ثابت وسببية مفترضة تبعا لرأى البعض الآخر (٤٣) . فان اعتبرناها مبنية على خطأ مفترض ، تعذر القول بجواز التمسك بها بعد حكم البراءة الذى يحمل في ذاته الدليل العكسى على انتفاء الخطأ . وان اعتبرناها مبنية على خطأ ثابت وسببية مفترضة لم يختلف الحكم عن ذلك ، لأن نظرية وحدة الخطأ الجنائى والمسدى تحول دون القول بثبوت أى خطأ مدنى بعد نفي حكم البراءة للخطأ الجنائى .

١٥ - احكام المحاكم : غير أن هذا الاعتراض المنطقى لم يكن ليفى في سبيل المحاكم ، وخصوصا بعد أن استقر القضاء في فرنسا على الأخذ بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء وتوسع فيها استنادا الى المادة ١٣٨٤ غقرة أولى (٤٤) .

(٤٢) انظر روتسائرت ص ٢٧٦ .

(٤٣) انظر رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٥ وما بعدها .

(٤٤) انظر المرجع السابق ص ٥١ .

فقد تعددت حوادث الآلات والسيارات ، وكثرت مطالبة المصابين فيها بحقوقهم في التعويض بعد الحكم ببراءة المتهمين فيها ، غقضت محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٢٩ يولييه ١٩٢٤ الذى عممت فيه تطبيق المسؤولية الناشئة عن الأشياء بأن هذه المسؤولية يجوز الحكم بها بالرغم من صدور الحكم بالبراءة في الدعوى العمومية . ومنذ ذلك الحين أطردت الأحكام بهذا المعنى ، وقد عللت ذلك بأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ تختلف من حيث السبب عن المسؤولية الجنائية وعن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ (٤٥) .

كذلك قضت المحاكم الفرنسية بأن المسؤولية عن حوادث العمل طبقا لتشريع سنة ١٨٩٨ لا يحول دون تطبيقها صدور حكم ببراءة رب العمل من المسؤولية الجنائية عن تلك الحوادث (٤٦) .

وطبقت ذلك أيضا على المسؤولية التعاقدية في الحالة التى يكون فيها الالتزام التعاقدى التزاما بغاية لا التزاما بسعى وينشأ عن الإخلال به جريمة جنائية (كما في جرائم التبديد) ، فحكمت بأن تبرئة المتهم لا تحول دون الحكم عليه بالتعويض (٤٧) . ويمكن أن يقال مثل ذلك بالنسبة لمسئولية السيد عن أفعال تابعيه ، ومسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه عن فعل الحيوان .

وفي بلجيكا قضت المحاكم بأن حكم البراءة لا يحول دون الحكم بالتعويض على حارس الحيوان بناء على المادة ١٣٨٥ (٤٨) ، أو على

(٤٥) عرائض ١٦ يولييه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٣٣ ، ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ - ١ - ٢٤٤ ، مدنى ٤ يناير ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٣٨ - ١٢٩ .
(٤٦) مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ - ٢ - ٩٦٠ .
(٤٧) عرائض ٢٣ مارس ١٩٢٥ سبرى ١٩٢٥ - ١ - ٣٦١ ، مدنى ١٦ مارس ١٩٣٧ غازيت القضاء ١٩٣٧ - ٢ - ٣٥ .
(٤٨) نقض بلجيكي ٢٣ مايو ١٩٣٢ بلزكريزى بلج ١٩٣٢ - ١ - ٢٠٠ .

حارس الشيء المعيب بناء على المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لأن سبب المسؤولية المدنية في هاتين الحالتين يختلف عن سبب المسؤولية الجنائية وعن سبب المسؤولية المدنية المبنية على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ (٤٩) •

وفي مصر قضت محكمة النقض بأن مالك الحيوان تجوز براءته في الدعوى العمومية لعدم ثبوت إهمال عليه في حراسة الحيوان ، بغير أن يحول ذلك دون الحكم عليه بالتعويض طبقاً للمادة ١٥٣ (٥٠) • وقضت في حكم ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ (٥١) ضمناً بمثل ذلك بالنسبة لمسئولية السيد ، لأنها بعد أن قررت أن نص المادة ٢٠٨ ع عام يشمل الخطأ أياً كان نوعه ، وبعد أن استبعدت بناء على ذلك وقوع خطأ شخصي من المدعى عليه ، بحثت في مسئولية المالك باعتباره متبوعاً للعامل الذي ارتكب العمل الضار مباشرة ، وحكمت بانتفاء مسئولية المالك المدنية لانعدام علاقة التبعية بينه وبين هذا العامل •

وها هي في حكم أول فبراير ١٩٤٣ (في قضية إبراهيم محمد هيبه) تقر ضمناً بجواز المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ بالرغم من صدور حكم البراءة ، لأنها لم ترفض التعويض على هذا الأساس إلا لأن المصاب لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع اكتفاء منه بالاستناد الى المادة ١٥١ ، فلو أنه تمسك به لوجدت المحكمة نفسها مضطرة الى الحكم بموجبه اذا توافرت شروطه •

وكذلك فعلت في حكمتي أول مارس و ٨ مارس ١٩٤٣ بالنسبة للمسئولية التعاقدية ، إذ رفضت الحكم بموجبها لأن حكم البراءة يستتبع انتفاء الخطأ المدني ورفض التعويض ، بل لأن المدعى بنى دعواه

(٤٩) محكمة شارلروا ٢ أبريل ١٩٣١ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٣ — ١٣٣٦ •

(٥٠) نقض مصري جنائي ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحللة ١٢ — ٢٦٣ —

١٤٣ • (٥١) السابق الإشارة اليه في الهامش ٢٥ •

على أساس المسؤولية التقصيرية ولم يتمسك أمام محكمة الموضوع بالمسؤولية التعاقدية . غيغهم من ذلك أنه لو تمسك بها في الوقت الملائم ، جاز الحكم له بمقتضاها إذا توافرت شروطها .

١٦ - آراء الشراح : وانشرح . على اختلاف مذاهبهم ، مجمعون على تأييد القضاء فيما ذهب اليه في هذا الموضوع (٥٢) .

فأما الأكثرية التي تفرق مثلنا بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في جميع الأحوال ، فتعتبر جواز الحكم بالمسؤولية المفترضة بالرغم من صدور حكم بالبراءة نتيجة طبيعية لمنطقها ، ويكفيها ذلك عناء تبرير رأيها في هذه المسألة الثانية (٥٣) .

أما بقية الشراح ، فممنهم من يأخذ بهذا الرأي لأنه يذهب الى أن حالات المسؤولية المفترضة مبنية في الغالب على أساس من تحمل التبعة لا من الخطأ ، ويرى أن الحكم فيها بالتعويض على هذا الأساس لا يناقض الحكم الجنائي الذي نفى الخطأ (٥٤) . ومنهم من يأخذ بهذا الرأي باعتبار حالات المسؤولية المفترضة مبنية على خطأ مفترض ، أو على خطأ ثابت ولكنه خطأ من نوع خاص يختلف عن الخطأ العادي المنصوص عنه في المادة ١٥١ مدني وفي المادة ٢٤٤ ع ، ويقولون أن نفى حكم البراءة لهذا الخطأ العادي لا يتناقض مع الحكم بالتعويض بناء على ذلك الخطأ المدني المفترض أو الخطأ الثابت الخاص الذي تقوم عليه المسؤولية

(٥٢) أنظر بلانيول وريبير واسلمان ج ٦ نبذة ٦٧٩ ، مازو نبذة ١٨٣١ وما بعدها ، لالو نبذة ٢٠ ونبذة ٧٥٠ ، جاردينا وريتشي ص ٢٤١ نبذة ١٠٤ ، دي باج ج ٢ ص ٧٥٥ هامش ٤ ، جارو تحقيق جنابات ج ٦ نبذة ٢٣٥٦ ، شبيد في الخطأ المدني والخطأ الجنائي ص ١٥١ - ١٥٣ ، بران ص ٢٣٣ هامش ٢ في نهايته و ص ٢٣٩ هامش ٥ ، روتسائرت ص ٢٧٦ ، مصطفى مرمي نبذة ٥٧ ، أحمد نشأت نبذة ٥٩٤ .

(٥٣) أنظر روتسائرت ص ٢٧٦ .

(٥٤) لالو نبذة ٢٠ ، توزان ص ١٦٨ وما بعدها ، ومن المعلوم أن نظرية تحمل التبعة لم تصادف نجاحا في المحاكم .

المفترضة (٥٥) • ومن هذا الفريق الأخير في مصر الاستاذ مصطفى
مرعى بك وفي فرنسا الأستاذان هنرى وليون مازو •

قال مرعى بك في هذا الشأن ، بعد أن قرر التلازم في جرائم
الاهمال بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني : « لكن مما تجب ملاحظته هنا
أن في القانون المدني حالات يفترض فيها الخطأ ابتداء ، أما في المسؤولية
الجنائية فلا يفترض الخطأ ولا بد من اثباته قبل المؤاخذه عليه • وفي هذه
الحالات لا تناقض بين الحكم المدني القاضي بالتعويض والحكم الجنائي
القاضي بالبراءة » ، ثم طبق ذلك على مسؤولية صاحب الحيوان ،
ومسؤولية السيد والمخدوم ، وأخيرا على مسؤولية الأب ومن في حكمه ،
حيث قال : « أما مسؤولية الأب المدنية ، فلا يلاحظ في وجوبها على الأب
أن يثبت في حقه تقصير في مراقبة ابنه وتربيته ، لأن هذا التقصير يفترضه
القانون بمجرد وقوع الخطأ من الابن ، ولا يخلص الأب من مسؤوليته
المدنية الا اذا أثبت أنه ما كان في وسعه أن يمنع الحادث الذي سبب
الضرر • ولهذا لا تناقض أيضا في أن يقضى جنائيا ببراءة الأب وأن يقضى
مدنيا بالزامه بالتعويض » (٥٦) •

ويلاحظ على هذه العبارة الأخيرة أنها اعتبرت طريق دفع المسؤولية
عن الأب مقصورا على قيام الدليل على أنه ما كان في وسعه أن يمنع
الحادث الذي ترتبت عليه المسؤولية ، في حين أنه من المسلم به أن الأب
يجوز له أيضا دفع هذه المسؤولية بنفى وقوع التقصير منه في مراقبة
ولده وتربيته (٥٧) • فإذا رفعت الدعوى العمومية على الأب بأنه أهمل
تربية ابنه أو مراقبته حتى ترتب على هذا الاهمال ارتكاب الابن جريمة
قتل أو جرح خطأ ، ثم قضى ببراءة الأب ، فكيف يمكن — مع الأخذ

(٥٥) مازو نبذة ١٨٢٢ وقارن J. Loup ص ٣٠٣ .

(٥٦) مصطفى مرعى ص ٥١ وما بعدها نبذة ٥٧ في نهايتها .

(٥٧) انظر مصطفى مرعى ص ١٦٧ ، ورسالتنا في نظرية دفع
المسؤولية المدنية ص ١١٨ .

بنظرية التلازم بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني — الحكم بالتعويض بناء على مسئولية الأب المفترضة ، والقول بأن هذا الحكم لا يناقض حكم البراءة الذى نفى عن الأب كل تقصير فى مراقبة ابنه وتربيته ؟ ألا ان هذا لا يصح فى مثل هذه الحالة الا مع الأخذ بنظرية استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي التى نقول بها •

وقد تنبه الأستاذان مازو الى هذا الأمر ، غفرقا بين مسئولية السيد ومسئولية رب العمل طبقا لقانون سنة ١٨٩٨ ومسئولية حارس الأشياء والحيوانات من جهة ، وبين مسئولية الأب ومن فى حكمه من جهة أخرى ، وقالوا بجواز الحكم بالتعويض بالرغم من البراءة فى الطائفة الأولى من أنواع المسئولية المفترضة ، أما فى النوع الأخير منها فقد قررا أن حكم البراءة اذا كان مبنيا على انعدام تقصير الأب فى تربية ولده ومراقبته فإنه يحول دون الحكم بالتعويض على أساس المسئولية المفترضة ، لأن هذه المسئولية تدفع عادة باقامة الدليل على انتفاء الخطأ ، وقد قام هذا الدليل فى حكم البراءة ، فلا يستطيع التماضى المدني أن يحكم بالتعويض الا اذا ناقض هذا الحكم (٥٨) • وهذا الرأى يستقيم مع أصله فى نظرية التلازم بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني •

ويضيف الأستاذان مازو الى هذه الأنواع من المسئولية المفترضة حالة المسئولية التعاقدية ، ولكنهما يفرقان فيها بين المسئولية الناشئة عن الاخلال بالتزام تعاقدى ببذل عناية obligation de moyen وبين تلك التى تنشأ من عدم الوفاء بالتزام تعاقدى بالحصول على نتيجة معينة obligation de résultat ، ويريان أن الأصل فى الحالة الأولى أن يقيم الدائن الدليل على وقوع اهمال من المدين ، فإذا كان حكم البراءة قد نفى وقوع الاهمال من المدين ، فلا

(٥٨) مارو نبذة ١٨٣٣ ، وانظر ايضا فى هذا المعنى بيرسون ودى نيليه ج ٢ نبذة ٣٢١ •

محل بعد ذلك للحكم عليه بالتعويض بناء على مسؤوليته التعاقدية • أما في الحالة الثانية ، فليس مطلوبا من الدائن أن يثبت اهمال المدين ، بل يكفي منه بأن يثبت تخلف النتيجة المتعهد بها ، فيحكم له بالتعويض ، ولذلك لا يكون حكم البراءة مانعا من الحكم بالتعويض اذ لا تناقض بينهما (٥٩) •

وظاهر أن هذه التفرقة التي يقول بها الأستاذان مازو بين حالتي المسؤولية التعاقدية وما يرتبانه عليها في هذا الموضوع تستقيم أيضا مع الأصل الذي صدرا عنه — أى مع نظرية التلازم بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى • أما في نظرية استقلال الخطئين ، فلا محل لهذه التفرقة ، اذ يجوز — بالرغم من البراءة — التمسك بالمسؤولية التعاقدية في جميع الأحوال ، كما يجوز التمسك بالمسؤولية التقصيرية المفترضة في جميع صورها أيضا ، لأن هذه النظرية لا ترى تناقضا بين الحكم بالبراءة لانعدام الخطأ الجنائى وبين الحكم بالتعويض المدنى •

ومتى تقرر أن حكم البراءة لا يمنع على الأقل من الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية وعلى أساس المسؤولية التقصيرية المفترضة ، بقى علينا أن نعرف ما اذا كانت المحكمة التي تنظر في الدعوى المدنية تستطيع من تلقاء نفسها أن تبني الحكم بالتعويض على أساس آخر غير المسؤولية المدنية على ثبوت خطأ شخصى اذا كانت الدعوى لم ترفع الا على هذا الأساس الأخير ، وهذا يقتضى منا البحث في تعيين ما يعتبر سببا في دعوى المسؤولية المدنية •

١٧ — المسألة الثالثة — تعيين السبب في دعوى المسؤولية المدنية (٦٠) :

رأينا أن أحكام محكمة النقض المصرية موضوع هذا التعليق قررت

(٥٩) مازو نبذة ١٨٣٥ •

(٦٠) راجع ص ٩٣ وما بعدها •

أنه إذا رُفعت دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ شخصي ثابت لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بالتعويض على أى أساس آخر كالمسؤولية التعاقدية أو مسؤولية السيد عن فعل تابعه ، لأن المطالبة بالتعويض المبنية على المادة ١٥١ فقرة أولى تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ أو على أساس المسؤولية التعاقدية ، وليس للمحكمة أن تغير من تلقاء نفسها السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها ، والا تكون قد تجاوزت سلطتها وحكمت بما لم يطلبه منها الخصوم (٦١) .

وقد يبدو غريبا أن يثار هذا الموضوع في ثلاثة أحكام تصدر من محكمة النقض في أقل من أربعين يوما ، وألا نجد له أثرا يذكر قبل ذلك في أحكام المحاكم المصرية . غير أنه يلاحظ أن اثاره هذا الموضوع كانت نادرة أيضا في القضاء الفرنسى قبل أن تستقر أحكام المحاكم على الأخذ بمبدأ المسؤولية الناشئة عن الأشياء وتعميمه على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى . أما بعد ذلك فقد كثر عرض الأمر على المحاكم لتفصل فيما إذا كانت المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ .

١٨ — نظرية المحاكم ونتائجها : وقد رأينا أن المحاكم الفرنسية والمحاكم البلجيكية — بعد أن قررت وحدة الخطأ المدنى والخطأ الجنائى في جرائم الإهمال — أجازت الحكم بالتعويض على أساس المادتين ١٣٨٤ و ١٣٨٥ باعتبار أن سبب المسؤولية في هذه الحالة يختلف عن سببها في حالة المادة ١٣٨٢ (٦٢) . فالسبب في نظر هذه المحاكم هو النص القانونى الذى يستند اليه المدعى في المطالبة بحقه في التعويض (٦٣) .

(٦١) انظر تعليقا على حكم آخر في الموضوع ذاته فيما يلى ص ١٦٢ نشر في مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ١٩٥٣ العدد الرابع وسيجىء أيضا في ص ٧٤ .

(٦٢) راجع ص ١١٩ وما بعدها .

(٦٣) انظر مع ذلك نقض فرنسى مدنى ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — =

وقد رتبت المحاكم على هذا النظر النتائج الآتية (٦٤) :

(١) انه اذا بنى المدعى دعواه على أساس المادة ١٣٨٢ باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن خطأ شخصي ممكن اثباته ، فلا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تغير سبب المسؤولية وتحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية (المادة ١١٤٧) (٦٥) ، أو على أساس المسؤولية المفترضة باعتبار المدعى عليه حارساً للشيء (المواد ١٣٨٤ فقرة أولى و ١٣٨٥ و ١٣٨٦) (٦٦) ، أو مسئولاً عن فعل غيره (المادة ١٣٨٤) ، وكذلك اذا بنى المدعى دعواه على أساس المادة ١٣٨٦ باعتبار المدعى عليه مسئولاً عن وجود عيب في البناء الذي تهدم أو نقص في صيانتته ، لا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٤ فقرة أولى باعتبار المدعى عليه حارساً للشيء دون حاجة لاثبات عيب البناء أو النقص في صيانتته ، لأنها ان فعلت ذلك جاوزت سلطتها اذ تحكم في دعوى جديدة غير التي رفعت اليها ، وتقضى بما لم يطلبه الخصوم *ultra petita* ويكون حكمها بذلك قابلاً للطعن فيه عن طريق التماس اعادة النظر (٦٧) .

١ — ٢٠٦ ، مرائض ٢٩ يولييه ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٢٧٥ ، ٢١ أكتوبر ١٩٢٤ دالوز الاسبوعى ١٩٢٤ — ٦٣٩ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ١ — ٣٩٤ ، دوييه ١٦ ديسمبر ١٩٢٤ غازيت القضاء ١٩٢٥ — ١ — ٤٢٧ ، باريس ٩ أبريل ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٢٤٨ . حيث أخذت هذه الاحكام بوحدة السبب في دعاوى المسؤولية الناشئة من فعل ضار واحد .

(٦٤) انظر مقال كابيتان في دالوز الاسبوعى ١٩٣٠ ص ٦١ :

Une conséquence imprévue du système de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses.

وانظر رد جوسران عليه في دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٦٩ :

La doctrine contre la jurisprudence : Sur le problème de la responsabilité du fait des chose inanimées.

(٦٥) باريس ٢٠ أبريل ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ — ٢ — ١٢ .

(٦٦) نقض فرنسي (مدنى) ٢٥ مارس ١٩٢٤ سبرى ١٩٢٤ — ١ —

١٣ غازيت القضاء ١٩٢٤ — ١ — ٧٥٤ ، ٢١ نوفمبر ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٤ — ١ — ١٥١ .

(٦٧) نقض فرنسي (مدنى) ٨ يناير ١٩٢٤ سبرى ١٩٢٤ — ١ — ١٣ .

(٢) ان المدعى اذا بنى دعواه أمام محكمة أول درجة على المادة ١٣٨٢ ، لا يجوز له أن يغير أساس دعواه أمام محكمة ثان درجة بأن يطلب منها لأول مرة الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية المفترضة (٦٨) ، لأن ذلك يعتبر طلبا جديدا ، أو بعبارة أخرى دعوى جديدة مبنية على سبب يختلف عن سبب الدعوى الأولى فلا يجوز التقدم به لأول مرة الى المحكمة الاستثنائية ، بخلاف أوجه الدفاع الجديدة *moyens nouveaux* فانها يجوز التمسك بها لأول مرة في الاستئناف .

ومن باب أولى لا يجوز التمسك بقواعد المسؤولية المفترضة لأول مرة أمام محكمة النقض .

(٣) انه اذا قضى برفض طلب التعويض المبني على المادة ١٣٨٢ بحكم نهائي ، فان هذا الحكم لا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة لدعوى جديدة يرغبها نفس المصاب عن ذات القعل الضار اذا كانت هذه الدعوى الجديدة مبنية على أساس المسؤولية التعاقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسؤولية المفترضة (٦٩) .

(٦٨) سواء اكان الطلب الجديد هو تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية (باريس ٢٦ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٣٣٥ ، وانظر مع ذلك عكسه في نقض مدني ٦ يونيه ١٩٢٣ سري ١٩٢٣ — ١ — ٢٦٠ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٢٠٤) أم تطبيق قواعد المسؤولية الناشئة عن الاشياء (ليوج ٥ يونيه ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٣٧ وتعل. *Cavarron* L. كولار ٢٢ أبريل ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٢٥١ ، نقض مدني ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٨ سري ١٩٢٧ — ١ — ٢٦٥ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٣١٠ ، عرائض ٢٣ نوفمبر ١٩٢٧ غازيت القضاء ١٩٢٧ — ٢ — ٩٣٠ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ وتعليق بيسون) أم تطبيق مسؤولية السيد عن فعل تابعه (محكمة Pau أول يونيه ١٨٩٦ سري ١٨٩٧ — ٢ — ٣٠٨ ، Aix ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٤٤) . وانظر أيضا استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٥٨) المحاماة ١٧ — ١٢٥٤ — ٦٣٥ .

(٦٩) نقض فرنسي عرائض ١٦ يولييه ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨ — ٤٧٧ دالوز الدوري ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ وتعليق سلفاتيه وغازيت القضاء ١٩٢٨ — ٢ — ٣٧٠ ، مدني ٢٩ فبراير ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨ — ٢٢٣ .

(٤) ان المصاب اذا دُلب بالتعويض أمام المحاكم المدنية بناء على المسؤولية التعاقدية أو أى نوع آخر من أنواع المسؤولية المفترضة ، فان قاعدة
Una electa via non datur recursus ad alteram
لا تحول دون استعمال حقه في رفع دعوى الجنحة المباشرة والادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية بناء على المادة ١٣٨٢ ، لأن هذه القاعدة لا تنطبق الا إذا كانت الدعوى المرفوعة الى المحاكم المدنية مبنية على المادة ١٣٨٢ . أما اذا بنيت الدعوى على المادة ١٣٨٤ أو غيرها من أحوال المسؤولية المفترضة ، فتعتبر دعوى مختلفة من حيث سببها عن تلك التي تقرررت من أجلها القاعدة المذكورة (٧٠) .

(٥) انه اذا كون الفعل الضار جريمة جنائية ، فلا تسقط بسقوط الدعوى العمومية الا الدعوى المدنية المبنية على المادة ١٣٨٢ . أما دعوى المسؤولية التعاقدية وغيرها من دعاوى المسؤولية المفترضة فلا تسقط الا بمضى ثلاثين سنة طبقا للقاعدة العامة (٧١) .

هذه هي النتائج التي رتبها المحاكم الفرنسية على ما ذهبت اليه في اختلاف سبب المسؤولية المدنية تبعا لاختلاف النص الذي تستند اليه . وهي نتائج يؤدي اليها حتما ما قرره محكمتنا العليا أيضا في أحكامها الثلاثة موضوع هذا التعليق .

١٩ — نقد هذه النتائج : ونلاحظ بادىء الأمر على ذلك أن النتيجة الأخيرة — وهي خاصة بالقانون الفرنسى دون القانون المصرى — هي الوحيدة التي يمكن التسليم بها في ذاتها مع شئ من التحفظ . ومع ذلك فان تعليلها بنظرية نعدد سبب المسؤولية ليس ضروريا ولا صحيحا على إطلاقه .

(٧٠) باريس ١٦ أبريل ١٩٣٠ غازيت القضاء ٢٢ يونيه ١٩٣٠ .
(٧١) نقض (مدنى) ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٨ ،
(عرائض) ٩ يونيه ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ وتعليق سافاتييه .

فأما عدم ضرورته ، فلأن اختلاف الحكم بالنسبة لكل من الدعويين المدنية والجنائية من حيث السقوط بمضى المدة يمكن ترتيبه على عدم توفر الحكمة التي من أجلها تقرر ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى العمومية في هذا الشأن — وهي عدم السماح باثبات وقوع جريمة جنائية أمام المحكمة المدنية بعد أن تكون الدعوى العمومية الخاصة بها قد سقطت (٧٢) — إذ أنه من الواضح أن هذه الحكمة تتوغلر في دعوى المسؤولية المدنية على خطأ ثابت ولا تتوغلر في دعاوى المسؤولية المفترضة. لأن الحكم بالتعويض في هذه الدعاوى الأخيرة لا يقتضى اثبات وقوع جريمة جنائية كما في الحالة الأولى ، واذن لا يكون ثمت مانع من استعمال هذه الدعاوى حتى بعد سقوط الدعوى العمومية ، دون حاجة الى تبرير ذلك باختلاف السبب في هذه الدعاوى عن السبب في دعوى المسؤولية التقصيرية الشخصية (٧٣) .

وأما عدم صحته ، فلأنه يؤدي الى عدم سقوط دعوى المسؤولية التعاقدية بسقوط الدعوى العمومية ليس فقط في حالة الاخلال بالتزام بغاية obligation de résultat كالترام متعهد نقل الركاب مثلاً ، بل أيضاً في حالة الالتزام ببذل عناية obligation de moyen كالترام الطبيب بعلاج المريض (٧٤) ، مع أن البحث في المسؤولية المدنية في هذه

(٧٢) جارو مختصر القانون الجنائي نبذة ٣٣٩ ، ديوج ج ٤ نبذة ٥٧٢ .

(٧٣) انظر في هذا المعنى مازو نبذة ٢١٠٥ ، بيسون في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٣ ، J. Loup ص ١١٩ . كذلك تقول المحاكم ان الدعوى العمومية لا تقف الدعوى المدنية المبنية على المادة ١٣٨٤ لاختلاف السبب . ولكن الواقع أن علة الوقف ليست في اختلاف السبب بل في الرغبة في تفادي التعارض ؛ وهذا وحده هو الذي يفسر وقف الدعوى المدنية على المادة ١٣٨٢ دون الدعوى المدنية على المادة ١٣٨٤ (انظر في هذا المعنى مازو نبذة ٢١٠٤ Cavarroc في تعليقه على حكم استئناف ريوم ٦ مارس ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — ٨٣٨) .

(٧٤) انظر نقض فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٦ وتعليقنا في القانون والاقتصاد ٧ ص ١٦٦ .

الحالة الأخيرة يقتضى اثبات التقصير الذى يمكن أن يكون جريمة جنائية،
فيجب ألا يسمح به بعد سقوط الدعوى العمومية (٧٥) •

أما النتيجتان الثالثة والرابعة ، فهما تنطقان بفساد النظرية التى
تؤدى اليهما ، اذ يترتب عليهما أن المصاب يستطيع أن يصل الى
التعويض عن الضرر الواحد عدة مرات ، فيصبح الفعل الضار مورد ثراء
كبير له فى حين أن القانون لم يرتب على هذا الفعل الا واجب اصلاح
الضرر المباشر فقط • ألا يكون ذلك نتيجة منطقية للقول بأن رفع دعوى
المسؤولية المفترضة أمام المحكمة المدنية لا يمنع المصاب من رفع الدعوى
المباشرة أمام المحكمة الجنائية ؟ وما الذى يمنع المصاب فى هذه الحالة من
الحصول على حكمين بالتعويض ، وبماذا يمكن أن تدفع دعواه التى يتأخر
الفصل فيها بعد الحكم له بالتعويض فى الدعوى الأخرى ؟ ألا يكون من
حقه أن يتمسك بأن الدعوى الثانية تختلف عن الأولى من حيث السبب
وأن يحصل فيها على حكم آخر بالتعويض غير الحكم الأول ؟ واذا كان
الحكم القاضى برفض التعويض فى دعوى المسؤولية التقصيرية الشخصية
لا تثبت له حجية الشئ المحكوم فيه بالنسبة لدعوى التعويض عن الضرر
ذاته على أساس المسؤولية المفترضة ، فما الذى يمنع المدعى من انكار
هذه الحجية حتى بالنسبة للحكم الذى قضى له فى الدعوى الأولى
بالتعويض ليمكن بذلك من الحصول فى الدعوى الثانية على حكم آخر
بالتعويض ؟

وقد نبه كابتان الى الخطر الذى يمكن أن يترتب على هذه النتيجة
فيما يتعلق بالدعاوى التى رفعت على أساس المسؤولية عن الخطأ الثابت
فى الثلاثين عاما السابقة لاعتماد مبدأ المسؤولية الناشئة عن الأخطاء
وانتهت بالحكم فيها برفض التعويض ، فقال ان أصحاب هذه الدعاوى
جميعا أصبح يجوز لهم — طبقا لمنطق المحاكم — أن يطالبوا بالتعويض

من جديد بناء على المادة ١٣٨٤ فقرة أولى دون أن يمكن الاحتجاج عليهم
بسبق الفصل في دعاوهم لأن الدعاوى الجديدة تختلف عن السابقة من
حيث السبب (٧٦) •

أما النتيجة الأولى والثانية ، فقد يبدو أول الأمر أنهما لا تثيران
كبير اعتراض ، ولكنهما في الواقع تفترضان التسليم بالنتيجة الثالثة
— أى عدم حجية الحكم الصادر في دعوى المسؤولية المبنية على خطأ ثابت
بالنسبة لدعاوى المسؤولية المفترضة — إذ أن القول بأن المحكمة لا تملك
أن تغير من تلقاء نفسها الأساس الذي تبني عليه المسؤولية ، وبأن المصاب
لا يجوز له أن يغير هذا الأساس في الاستئناف لأول مرة ، يستلزم عدالة
أن يكون الباب مفتوحاً أمامه لرفع دعوى أخرى على الأساس الجديد
الذي رآه ، وإلا نكون قد عدنا بالقانون القهقري الى العصور التي كانت
التشكليات فيها تسيطر على مصير الدعاوى الى حد أن كان المدعى يضع
عليه حقه لمجرد أى خطأ منه في القيام بالمراسم الواجبة أو في استعمال
الالفاظ المقررة •

لذلك يبدو لنا أن قضاء المحاكم في هذه المسائل جميعاً غاسد من
أساسه ولا يمكن التسليم بنتائج العملية ، ويقتضى الأمر ضرورة تعيين
ما يعتبر سبباً في دعوى المسؤولية المدنية ، ولا سيما أننا باستقراء هيئات
الأحكام يظهر لنا جلياً أن المحاكم اكتفت في الغالب بتقرير مبدأ اختلاف
السبب تبعاً لاختلاف النص الذي تبني عليه المسؤولية كأنه مبدأ أولى
مسلم به لا يحتاج الى اقامة الدليل عليه ولا الى بيان سنده من القانون •

٢٠ — آراء الشراح : أما الشراح ، فمنهم من اكتفى بمعرض
أحكام المحاكم ، والقليل من هؤلاء من أيدها • ومنهم من انتقد نتائجها •
ومنهم من هاجم نظرية تعدد السبب في المسؤولية المدنية من أساسها وبين

(٧٦) راجع كابيتان في مقاله سالف الذكر ، وانظر في هذا المعنى أيضاً
بيسون في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢٤ •

خطأهما وأثبت أن السبب في دعاوى المسؤولية واحد مهما اختلفت النصوص التي تبني عليها هذه الدعاوى ورتب على هذه النظرية الجديدة عكس النتائج التي رتبها المحاكم على نظريتها •

٢١ — أنصار نظرية تعدد السبب : فالشايعون للمحاكم الذين يؤيدون نظرية تعدد السبب في المسؤولية المدنية بينهم فريق من أنصار تأسيس المسؤولية في جميع الأحوال على الخطأ ، وهؤلاء يبدأون بتعريف سبب الدعوى بأنه الواقعة القانونية التي يترتب عليها نشوء الحق المدعى به ، ويقولون أن مصدر الحق في التعويض هو الخطأ الذي نشأ عنه الضرر ، وأن القانون قد نص على الخطأ بوجه عام في المادة ١٣٨٢ ونص على أخطاء خاصة في المواد ١٣٨٤ وما بعدها بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ، وفي المادة ١١٤٧ بالنسبة للمسؤولية التعاقدية ، فيعتبر كل من هذه الأخطاء ، بل كل من هذه النصوص ، سببا متميزا للمسؤولية المدنية (٧٧) • وبينهم فريق من أنصار تأسيس المسؤولية المفترضة على

(٧٧) أنظر بيرسون ودي ميليه ج ٢ ص ١٧٦ ، والموسوعة البلجيكية نبذة ٢٣ ، وأوبري ورو ج ١٢ نبذة ٧٦٩ ص ٤٤٠ هامش ٨٦ حيث يقولان :
«La cause de l'action ou de l'exception ne consiste pas dans le droit ou le bénéfice même qu'il s'agit de faire valoir, mais dans le principe générateur de ce droit ou de ce bénéfice».

وأنظر كتاب Van Ryn في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية سنة ١٩٣٣ حيث يقول في ص ٢٥١ :

«La cause d'une action en justice comprend deux éléments également essentiels : 1° un ensemble de faits matériels; 2° une disposition de droit objectif qui donne à ces faits une portée juridique, celle de former le titre d'une prétention en justice».

وأنظر أيضا تطبيقا للاستاذ André Le Palge على نقض بلجيكي ١٨ سبتمبر ١٩٣٠ في مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٢ نهر ٦٧ نبذة ٩ ، ومقال له بالاشتراك مع Van Yyn في المجلة العامة للتأمين والمسؤولية العدد ٨٤٩ عنوانه :

Les demandes fondées sur les articles 1382 et 1384 et. 1er, ont-elles la même cause ?

نظرية تحمل التبعة ، يقولون ان هذا النوع من المسؤولية مختلف عن المسؤولية المبنية على خطأ ثابت ولا يقوم الا بنص المشرع عليه في كل حالة على حدة ، فيعتبر النص الخاص في هذه الحالة هو السبب في دعوى المسؤولية ، وهذا السبب يتميز عن سبب المسؤولية المبنية على خطأ ثابت (٧٨) .

ولكن لما كن من الثابت أن المحاكم لم تأخذ بنظرية تحمل التبعة ، فلا يمكن أن تستند اليها في تبرير نظريتها في تعدد سبب المسؤولية . أما تعليل هذه النظرية الأخيرة بأن سبب المسؤولية هو الخطأ الذي ترتب عليه الضرر ، وأن المسؤولية تتعدد أسبابها تبعا لتعدد الأخطاء ، فقد رأينا فساد النتائج التي يؤدي اليها ، ونضيف الى ذلك أنه اذا اتهم سائق سيارة مثلا بتهمة القتل خطأ لتجاوزه حد السرعة القانونية وبريء من تهمته ولكن ثبت أنه لم يستعمل آلة التنبيه لتحذير المارة أو لم يكن يضيء أنوار السيارة ليلا ، فان منطق هذه النظرية يقضى برفض طلب التعويض المبني على تجاوز السرعة ولا يسمح للمحكمة أن تحكم بالتعويض على أساس الخطأ في عدم تحذير المارة أو في عدم اضاءة الأنوار مادام المدعى لم يتمسك بهذه الأخطاء ، على أن يكون حق المدعى محفوظا في رفع دعوى جديدة بكل واحد من هذه الأخطاء . ولكن المحاكم خالفت في هذه الحالة منطق نظريتها وسمحت لنفسها بتغيير أساس المسؤولية المدنية وحكمت من تلقاء نفسها بالتعويض بناء على أخطاء أخرى غير التي تمسك بها ورثة المصاب (٧٩) . فكان هذا دليلا آخر على فساد الرأي القائل

(٧٨) انظر Tazuin في رسالته

Un exemple de «socialisme juridique» en matière de responsabilité du fait des choses.

باريس ١٩٢٨ ص ١٦٦ وما بعدها ، لالو نبذة ٢٠ ، سانتييه في تعليقاته في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ و ١٩٢٩ — ١ — ٣٣ ، Bichot في رسالته :

L'autonomie de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses.

باريس ١٩٣٢ ص ١٠١ وما بعدها .

(٧٩) استئناف دوييه ٢٥ نوفمبر ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٣٠ — ١ — =

بتمدد أسباب المسؤولية تبعا لتنوع الأخطاء المتسببة في الضرر .

٢٢ — أنصار نظرية وحدة السبب : وقد هالت نتائج هذا الرأي الأستاذ جوسران ، فقال إذن يراد بنا أن نسخر جميع نصوص القانون لصلحة المصاب يستعملها على التوالي ، فلا يفتى من دعوى مستندة الى نص معين حتى يعمد الى أخرى مبنية على نص غيره ، وهكذا تتمدد المنازعات ولا تنتهى عند حد ، خلافا لما قصده المشرع من تقرير قاعدة حجية الشيء المحكوم فيه ! (٨٠) ، ثم عمد هذا العلامة الى تعريف السبب في دعوى المسؤولية بأنه الواقعة القانونية التي ينشأ منها الحق في التعويض أو بعبارة أخرى هو الحادث الضار أى الفعل المادى الذى نشأ عنه الضرر (٨١) ، بل هو الضرر ذاته الذى لحق المصاب (٨٢) ، والضرر

= ١٤١ ، وانظر أيضا مازو نبذة ٢٠٩٨ ونشأت بك نبذة ٥٩٣ والاحكام التي اشار اليها كل منها . محمد سامى مازن في القانون والاقتصاد ٢ ص ٣٤٩ . (٨٠) انظر مقال جوسران السابق الاشارة اليه في دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٧١ ، وقد انتقد هذه النتائج أيضا بلانيول وريبير واسمان حيث قالوا في ج ٦ نبذة ٦٧٧ و ٦٧٩ :

« Ces solutions sont regrettables en ce qu'elles multiplient les procès. Elles ne paraissent pas nécessaires pour éviter qu'on soit condamné sans avoir pu se défendre. En fait le défendeur en responsabilité s'efforce presque toujours de prouver qu'il n'a pas été fautif et par là se défend contre les présomptions de faute. On peut exiger qu'il le fasse et ne se borne pas à une attitude purement passive. Il convient d'exiger aussi du demandeur qu'il présente dans un seul procès toutes ses prétentions— La jurisprudence a simplement profité de la technique pour écarter l'obstacle apporté à une condamnation civile par sa théorie de la chose jugée. وفي هذا المعنى أيضا تعليق Chavegrin في سيري ١٩٢٧ — ١ —

٣٢١ .

(٨١) وانظر في هذا المعنى أيضا تعليق بيسون في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ النهر الاول ، وقارن على زكى العرابى (باشا) تحقيق الجنائيات ج ١ ص ١١٦ .

واحد لا يتغير باختلاف الوسائل التي يلجأ اليها المصاب للحصول على
حقه في التعويض .

وقد ذهب النائب العام البلجيكي Leclercq . صاحب نظرية
الخطأ المادي (٨٣) الى أبعد من ذلك ، فلم يقف عند حد اعتبار الضرر
هو السبب في دعوى المسؤولية ، بل قال انه الحق الذي حصل
الاضرار به le droit lésé (٨٤) ، وذكر أن محكمة النقض البلجيكية
أخذت بذلك في حكميها الصادرين بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٢٧ و ١٨
سبتمبر ١٩٣٠ (٨٥) .

وأخذ العالمان هنري وليون مازو برأى النائب العام البلجيكي ورتبا
عليه نتائجه (٨٦) .

وخصص Yves Brochen رسالة للدكتوراه لبحث فكرة السبب
القانوني في دعاوى المسؤولية المدنية (٨٧) ، خلص منها الى القول بأن
سبب دعوى المسؤولية ليس هو الضرر ولا الحق الذي حصل الاضرار
به ، وانما هو مجرد المساس بالحق .

«..La violation du droit envisagée comme notion abstraite et
compréhensive, qui engloberait les fautes génératrices.

(٨٢) وانظر في هذا المعنى أيضا بلانبول وريبير المختصر ج ٢ نبذة ٥٤
مكررة ، جaro المختصر في القانون الجنائي نبذة ٣٠١ ، وحكم محكمة السين
٢٥ يوليه ١٩٣٢ دالوز الاسبوعي ١٩٣٢ - ٥٣٤ .

(٨٣) انظر مذكرته تحت نقض بلجيكي ٤ يوليه ١٩٢٩ بازيكريزي
١٩٢٩ - ١ - ٢٦١ ، وتعليقه على نقض ٢٣ يونيه ١٩٣٢ بازيكريزي
١٩٣٢ - ١ - ٢٠٠ ، وعرض نظريته في دي باج ج ٢ نبذة ٩٣٥ .

(٨٤) انظر مذكرته تحت نقض بلجيكي ١٧ نوفمبر ١٩٢٧ بازيكريزي
١٩٢٨ - ١ - ١٣ .

(٨٥) انظر تعليقه على نقض ٢٣ يونيه ١٩٣٢ السالف ذكره ، وتسد
أورد بيرسون ودي فيليه فقرات مطولة من هذا التعليق في كتابيهما ج ٢ ص
١٧٤ و ص ١٧٥ .

(٨٦) مازو نبذة ٢٠٩٧ وما بعدها .

(٨٧) جامعة Lille سنة ١٩٣٣ .

٢٣ - ترجيح نظرية وحدة السبب : وعندى أن كل هذه الآراء ترمى الى غرض واحد هو القول بوحدة السبب في دعوى المسؤولية المدنية (٨٨) ، وهذا هو بيت القصيد ، وأوثر أن أقف عند حد اعتبار السبب في الدعوى هو الواقعة القانونية أى الفعل الضار المنشئ لحق التعويض (٨٨ مكررا) . أما ترتيب هذا الفعل الضار وإدراجه تحت نظام

(٨٨) فالقول بأن السبب هو الفعل الضار يتصد به فعل الاضرار بحق الغير ، والاستاذ جوسران نظر الى هذا الفعل من ناحيته المادية فوجده يتجسم في الضرر ، والاستاذة مازو وليكتر نظروا اليه من ناحية المصائب فقلبوا حقه الذى اعتدى عليه ، والاستاذ بروخن نظر اليه من جانب الفاعل فقلب فكرة المساس بالحق ، والاستاذ بيسون مر بهذه النظرات جميعا فقال ان سبب استولى هو الفعل الضار ، ومصدر الالتزام هو فكرة الخطأ المجردة أو الاضرار بالغير دون حق أو عدم مشروعية الفعل الضار .

(٨٨ مكرر) وقد اعتبرت المحاكم المصرية سبب الدعوى بوجه عام الواقعة القانونية . انظر استئناف مصر ٢٨ مارس ١٩٣٥ الحماية ١٦ - ٨٩٨ - ٤١٢ ، ١٥ مايو ١٩٢٢ المجموعة ٢٤ - ١١٤ ، استئناف أسبوط ١٧ نوفمبر ١٩٣٤ الحماية ١٦ - ٣٠٩ - ١٢٩ ، نجع حمادى الجزئية ١٤ يونيه ١٩٣٨ الحماية ١٩ - ١٥٤ - ٧٠ ، مصر الأهلية (مستعجل) ٢٨ أغسطس ١٩٣٩ الحماية ٢٠ - ٢٦٦ - ٩٤ ، سوهاج الكلية ٣١ مارس ١٩٤٠ الحماية ٢٠ - ١١٩٦ - ٥٠٤ ، نقض ٧ مايو ١٩٣٦ المجموعة المدنية للاستاذ كامل درسى بك سنة ١٩٤٢ ص ١٩٣ ، استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ (٤٥ ص ٦٨) ، ٢ فبراير ١٩٣٣ (٤٥ ص ١٥٦) ، وايضا ٨ أبريل ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٢١) حيث ورد فيه :

«Il y a identité de cause entraînant l'autorité de chose jugée lorsque c'est toujours le même fait juridique qui est invoqué comme cause dans deux instances, la nature de l'instance étant sans importance en elle-même».

وجاء أيضا في حكم ١٩ أبريل ١٩٣٨ الغازيت ٢٩ - ٩٧ - ١٣١ ما يأتى :

Il y a identité de cause entre deux demandes lorsqu'elles sont toutes deux basées sur un même fait juridique qui constitue un fondement direct ou immédiat du droit ou du bénéfice légal que fait valoir la partie.

L'idée de cause se rattache à celle du fondement de l'action, au titre invoqué, à la qualité en laquelle on agit, et non pas à la loi

المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي أو تحت نظام المسؤولية التعاقدية أو أى نظام آخر من أحوال المسؤولية المفترضة ، فيعتبر تكييفها قانونياً للفعل الضار أو على الأكثر وسيلة من الوسائل التى يلجأ إليها المصاب للحصول على حقه فى التعويض .

غير أنا نرى التحفظ فيما يتعلق بمسئولية السيد عن فعل تابعه ، لأن هذه الحالة تعتبر طبقاً للرأى الراجح فى الفقه الحديث الحالة الوحيدة التى يكون فيها المرء مسئولاً عن فعل غيره حقاً دون أن ينسب اليه خطأ ثابت أو مفترض كما فى الحالات الأخرى (٨٩) ، فهذه المسئولية قد قررها المشرع بنص خاص قصد به ضم ذمة السيد الى ذمة تابعه فى الالتزام بتعويض المصاب ، فهى نوع من الضمان أو الكفالة ، مصدره المباشر نص القانون لا الفعل الضار ، فيمكن القول بأن سببها هو هذا النص وأنه يختلف عن سبب المسئولية فى الحالات الأخرى (*) .

٢٤ — نتائج هذه النظرية : يترتب على هذه النظرية عكس ما رتبته المحاكم على نظريتها من نتائج :

(فاولاً) سلطة المحكمة فى تغيير وصف المسئولية من تلقاء نفسها : ان القول بأن ادراج الفعل الذى نجم عنه الضرر تحت النص الذى

en vertu de laquelle ce titre serait opérant par rapport au but visé par la demande.

(٨٩) انظر بلائيول ج ٢ نبذة ٩٠٩ ، مازو نبذة ٩٣٤ وما بعدها ، وبهجت بنوى فى رسالته ص ٤٩ والمراجع التى أشاروا اليها .
(*) وقد أخذت بذلك المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام المحكمة المذكورة ص ٥ ص ١٣٣٧ .
وكذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤ .
وقد أطردهم قضاؤهما على ذلك :

ينطبق عليه يعتبر تكييفاً قانونياً ، يجعل هذه المسألة داخلة في سلطة المحكمة .

فاذا اقتصر المصاب على بيان الفعل الضار وطلب التعويض عما لحقه بسببه من ضرر ، تعين على المحكمة أن تكييف هذا الفعل وأن تطبق عليه نص القانون الذي تتوافر فيه شروطه (٩٠) . ولا تعتبر المحكمة أنها قضت بشيء لم يطلب منها اذا هي بنت حكمها بالتعويض المطلوب على حجة لم ترد على لسان الطالب (٩١) .

واذا قام المدعى بتكييف الفعل الضار تكييفاً خطأ ، وجب على المحكمة أن تصحح هذا التكييف ، فمثلاً اذا كيف الراكب المصاب دعواه ضد متعهد النقل بأنها مسئولية تقصيرية ، تعين على المحكمة — طبقاً للرأى الراجح القائل بعدم الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والتعاقدية (٩٢) — أن تصحح هذا التكييف وتطبق على الدعوى قواعد

-
- = نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ٦٨٩ — ١٠١ .
نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ١٤٩٠ — ٢٣٧ .
نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ١٢٤٣ — ٢١٦ .
وانظر ايضاً ٩ فبراير ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٤١٣ — ٨٠ .
وانظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا فى اصول الالبات واجراءاته ، ج ٢ ، ط ٤ ، سنة ١٩٨٦ ، ص ٢٣٨ ، نبذة ٣١٠ وما بعدها .
وقد اخذت بذلك محكمة النقض السورية (الفرقة المدنية الثانية) قرار ٤٦٤ أساس ٣٨٣ بتاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٦٧ المحامون ٣٢ سنة ١٩٦٧ ص ٤١٦ رقم ٤٩٢ .
(٩٠) مازو نبذة ٢٠٩٢ ، بروخن فى رسالته السابق الاشارة اليها ص ١٢٦ ، نقض فرنسى (عرائض) ٢ نوفمبر ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٦٤ .
(٩١) انظر محمد حابذ فهمى فى المرافعات نبذة ٧٣١ .
(٩٢) انظر لالو نبذة ٢٧١ ، بران Brun فى المسئوليتين التعاقدية

والتقصيرية ص ٢٥٠ ، بلانيول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٤٩٣ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ١٩٣ و ١٩٤ ، جوسران ج ٢ نبذة ٤٨٦ ، دى باج ج ٢ نبذة ٩٢٧ .

المسئولية التعاقدية (٩٣) * فان لم تفعل ذلك ، واكتفت برفض الدعوى بحالتها ، فوُتت على المدعى حقه في التعويض ، لأن حكمها ستكون له حجية الشيء المحكوم فيه ، فيحول دون رفع دعوى جديدة على أساس المسئولية التعاقدية .

ومثل ذلك مثل سلطة المحكمة في تكييف العقود بالرغم من تمسك الخصوم بتكييفها على وجه معين (٩٤) . ويعتبر هذا التكييف مسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض ، فإذا فصلت محكمة الموضوع في دعوى تعويض على أساس أن الخطأ الذي دُعا للمسئولية هو خطأ تعاقدى ، فطبقت في حكمها قواعد المسئولية التعاقدية ، ورأت محكمة النقض أن المسئولية موضع البحث ليست تعاقدية بل تقصيرية ، كان لها أن تنقض الحكم وأن تجرى أحكام المسئولية التقصيرية على الدعوى موضع النظر (٩٥) .

وإذا أسند المصائب وقوع الفعل الضار الى خطأ معين ، ولم يثبت على المدعى عليه هذا الخطأ ، ولكن ثبت عليه خطأ غيره ، تعين على المحكمة أن تقيم وزنا للخطأ الذي ثبت وأن تبني عليه حكمها بالتعويض (٩٦) ،

(٩٣) ولا سيما ان التمييز بين الاحوال التى تنطبق عليها قواعد المسئولية التعاقدية وبين الاحوال التى تعتبر فيها المسئولية تقصيرية تمييز بالغ غاية الدقة ولا يزال الشراح مختلفين في شأنه ، فلا يصح والحالة هذه ان يؤاخذ المصائب اذا اخطأ في تكييف دعواه .

(٩٤) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ الحماية ٢٣ - ٣٩٦ - ١٧١ ، ٢ يونيو ١٩٣٢ الحماية ١٣ - ١٥٥ - ٢٠ مارس ١٩٣٣ الحماية ١٣ - ٩٩٢ - ٤٩٠ ، ٢٥ مايو ١٩٣٣ المجموعة ٣٥ - ٧٧ - ١٦٨ ، وانظر رسالة الدكتور احمد زكى الشيتى في تكييف العقود سنة ١٩٤٤ نبذة ١٢ ، وقارن ألسنهورى فى نظرية العقد ص ٩٣٤ وما بعدها وكتابتنا الوائى ج ٢ المجلد الاول في نظرية العقد سنة ١٩٨٧ نبذة ٢٦٠ ص ٤٩٦ وما بعدها . ومثل ذلك أيضا سلطة المحكمة الجنائية في تغيير وصف الجريمة انظر نقض ١٨ مايو ١٩٤٢ الحماية ٢٣ - ٢١٠ - ٩٢ ، ٩ فبراير ١٩٤٢ الحماية ٢٣ - ١٦ - ٩١ ، ١٧ مارس ١٩٤١ الحماية ٢٢ - ١٣ ، والقللى تحقيق جنابات ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٩٥) مصطفى مرعى نبذة ٣٩٢ .

(٩٦) استئناف دويبه ٢٥ نوفمبر ١٩٢٩ السابق ذكره والمراجع المشار اليها في ص ١٣٣ هامش ٧٩ .

لأنها لا تستطيع أن تقول — مع ثبوت هذا الخطأ الأخير — بأن المدعى عليه غير مسئول عن الفعل الضار ، وإن قالت ذلك أخطأت في تطبيق القانون .

وليس معنى ذلك اعفاء المصاب من عبء اثبات الخطأ ، لأننا لانطالب المحكمة بتولى هذا العبء عن المصاب ، وإنما نطالبها بأن تكيف الدعوى تكييفاً صحيحاً على أساس ما يكون ثابتاً لديها فيها من عناصر مختلفة ولو لم يكن المدعى هو الذى أثبت هذه العناصر أو تمسك بها . أما إذا عجز المدعى عن إقامة الدليل على توافر شروط التكيف الذى كيف به دعواه ، ورأت المحكمة أن الواقعة يمكن تكييفها تكييفاً آخر لو ثبتت شروط هذا التكيف الآخر ، فللمحكمة أن تنبه المدعى الى ذلك وأن تكلفه اثبات هذه الشروط الأخيرة ، فمثلاً إذا رغبت الدعوى على شخص باعتباره مرتكباً بنفسه الخطأ الذى نشأ عنه الضرر وثبت للمحكمة أن الذى ارتكب هذا الخطأ شخص آخر قد يكون فى رعاية الأول ، جاز للمحكمة أن توجه نظر المدعى الى امكان تكييف مسئولية المدعى عليه باعتبارها مسئولية المرء عن من هم تحت رعايته وأن تطلب منه إقامة الدليل على توافر حالة الرعاية ، ولكن هذا التنبيه ليس واجبا عليها ، إذ أن المدعى هو الذى يجب عليه أن يجمع أدلته وحججه المستمدة من القانون أو من الوقائع تأييداً لدعواه وأن يتقدم بها للمحكمة ، فإن قصر فى ذلك فلا يلومن الا نفسه (٩٧) .

(وثانياً) جواز تعديل تكيف الفعل الضار فى الاستئناف وحتى فى النقض لأول مرة :

إذا رفع المصاب دعواه أمام محكمة أول درجة باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن خطأ ثابت وقع منه ، فإن هذا لا يحول دون تعديل هذا

(٩٧) انظر تعليق بيسون فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٢١ فى نهاية النهر الثانى و (نقض مدنى مصرى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤) .

التكليف والتمسك أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة باعتبار المدعى عليه مسئولاً مسئولية تعاقدية ، أو مسئولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء الموجودة في حراسته (٩٨) . لأن التمسك بهذا التكليف الجديد لا يعتبر طلباً جديداً بل تمسكاً بوجه جديد من أوجه الدفاع التي يجوز قبولها في الاستئناف لأول مرة (٩٩) . وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في حادثة من حوادث نقل الركاب وقعت في سنة ١٩١١ أى في ذات السنة التي عدلت فيها المحاكم الفرنسية من اعتبار المسؤولية في هذه الحوادث تقصيرية الى اعتبارها تعاقدية (١٠٠) ، اذ قررت أن تعديل المدعى أساس دعواه في الاستئناف من المسؤولية التقصيرية الى المسؤولية التعاقدية لا يعتبر طلباً جديداً ويجوز قبوله في الاستئناف لأول مرة (١٠١) .

ومثل ذلك مثل دعاوى البطلان والأوجه المختلفة التي تبني عليها ، فقد حكم بأن دفع الدعوى بأن العقد — الذي طعن فيه أمام محكمة أول درجة بعدم صحة توقيعه — ان صح توقيع المورث عليه ، فهو عقد باطل صدر لورات في مرض الموت ، لا يعد من الطلبات الجديدة التي لا يجوز تقديمها لأول مرة لمحكمة الاستئناف بالمعنى المقصود في المادة ٣٦٨

(٩٨) مع التحفظ الذي سبق ان ابديناه فيما يتعلق بمسئولية السيد عن فعل تابعه (أنظر ما تقدم في ص ١٣٧) . وعلى أساس هذا التحفظ نستطيع نهم حكم محكمة الاستئناف المخططة الذي قرر انه يعتبر طلباً جديداً غير مقبول في الاستئناف لأول مرة اذا كان الخصم بعد أن طلب أمام محكمة أول درجة الحكم على ادعى عليهم بصفتهم مسئولين عن الضرر الحاصل من ادارة الحارس عدل طلبه في الاستئناف الى الزامهم بصفتهم فاعلين أصليين للخطأ الناشئ عنه الضرر ، استئناف مخطط ٧ مايو ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢٥٨) المحلقة ١٧ - ١٢٥٤ - ٦٣٥ .

(٩٩) مازو نبذة ٢١٠٠ ، مصطفى مرعى ص ٣٩٥ هامش ١ ، والطبعة الثانية ص ٣٤٨ هامش ١ .
(١٠٠) وقد شغلت هذه القضية المحاكم ١٩ سنة عرضت في اثنتائها على محكمة النقض مرتين واثارت الاحكام الصادرة فيها مناقشات طويلة بين الشراح وقد أوردنا تفاصيلها في رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية باللفة الفرنسية ص ٤٨٩ وما بعدها .

(١٠١) نقض فرنسي (مدنى) ٦ يونيه ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١ -

مراعات لأنه من أوجه دفاع المدعى عليهم (١٠٢) . وكذلك اذا رفعت دعوى بطلان عقد بيع لصدوره في مرض الموت ، وفي الاستئناف طلب المستأنفون الحكم ببطلان العقد لأنه عقد هبة ولم يحصل بعقد رسمي ، فقد حكم بأن التمسك بعدم الرسمية لا يعتبر طلبا جديدا مما لا يجوز قبوله في الاستئناف ، بل دليلا جديدا (١٠٣) .

ومثل ذلك أيضا طرق انقضاء الحق ، فقد حكم بأنه لا يعتبر طلبا جديدا بل وجها من أوجه الدفاع التي تقبل في الاستئناف التمسك بالمقاصة القانونية (١٠٤) ، أو بالتقادم الخمسى بالنسبة لفوائد الدين (١٠٥) ، أو بأى نوع من أنواع التقادم الأخرى (١٠٦) .

فاذا كانت المحاكم أخذت بذلك في أوجه البطلان وفي طرق الانقضاء ، فيتعين عليها أن تأخذ به من باب أولى في المسؤولية المدنية . ذلك أن البطلان أو الانقضاء ليس هو الا موضوع الدعوى ، أما سببها فيتعذر الاهتداء اليه خارجا عن أوجه البطلان أو طرق الانقضاء ، في حين أن الأمر يختلف عن ذلك في دعاوى المسؤولية المدنية إذ أن هذه الدعاوى لها موضوعها وهو التعويض وسببها وهو العمل الضار ، فاذا اعتبرت المحاكم أوجه البطلان وطرق الانقضاء مجرد وسائل جديدة ، مع أنها هي السبب في طلب البطلان أو الانقضاء ، فمن باب أولى يجب أن يعتبر كذلك مجرد تعديل التكييف القانوني للسبب في دعوى المسؤولية ، أى للفعل الضار ، بل انا نرى أن هذا التكييف لا يرقى الى درجة تلك الوسائل ولا يزيد عن أن يكون حجة جديدة كان يجب على محكمة أول درجة أن تأخذ بها من

(١٠٢) نقض مصرى (مدنى) ٦ أبريل ١٩٣٩ الحماية ٢٠ — ٥٦ —
وانظر مؤلفنا في أصول الاثبات واجراءاته ط ٤ ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٢ .
(١٠٣) استئناف مصر ٢٣ مايو ١٩٢٣ الحماية ٢ — ٤٨٨ — ١٦٢ .
(١٠٤) استئناف مختلط ٨ أبريل ١٩٣٦ (٤٨ ص ٢١٩) .
(١٠٥) استئناف مختلط ٢٦ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ٢٧٥) .
(١٠٦) استئناف مختلط ١٥ يناير ١٩١٤ (٢٦ ص ١٥٤) ، وانظر موسوعة قروون تحت كلمة Appel civil نبذة ٣٢٠ وما بعدها . ومؤلفنا سالف الذكر في أصول الاثبات واجراءاته ص ٢٤١ .

تلقاء نفسها مادامت عناصرها متوافرة لحياها في ملف الدعوى .

وإذا كان الأستاذان هنرى وليون مازو قد اقتصرنا على اعتبار تكييف العمل الضار بنوع معين من المسؤولية وسيلة جديدة يجوز التمسك بها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية فقط ، ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (١٠٧) ، فلما نذهب في ذلك الى أبعد منهما ونرى أن هذا التكييف لا يعدو أن يكون حجة من الحجج arguments التي يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، كما يتضح ذلك من تعريف الأستاذ محمد حامد فهمي لهذه الحجج في بحثه القيم في محكمة النقض والابرام المصرية حيث يقول :

« يقبل التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالأوجه والحجج التي كان يتعين على محكمة الموضوع أن تلاحظها وأن تقضى فيها من تلقاء نفسها والا كانت مخطئة في حكمها ... فيجوز التمسك بالحجج القانونية البحتة *Systèmes ou arguments nouveaux, moyens de pur droit* التي تؤيد ما سبق ابدأه أمام محكمة الموضوع ، على اعتبار أن ابداء أى وجه من أوجه الدفاع أمام محكمة الموضوع يتضمن التمسك بكل الحجج القانونية التي تؤيد هذا الوجه ، وأن تطبيق أحكام القانون على الوقائع واجب على القاضى يؤديه من تلقاء نفسه بغير حاجة الى من ينبهه أو يرشده اليه . على أنه يشترط في هذه الحالة أيضا ألا يقتضى الفصل في الحجة الجديدة *argument nouveau* تحقيق واقعة غير مثبتة في الحكم المطعون فيه . حتى لا تكلف محكمة النقض بتحقيق الوقائع ، وهو أمر يخرج عن سلطتها » (١٠٨) .

(١٠٧) مازو نبذة ٢١٠٠ وانظر في هذا المعنى ايضا مصطفى مرمى ص ٣٩٥ هامش ٥ والطبعة الثانية ص ٣٤٨ هامش ١ ، وقارن به ما جاء في ص ٤٠٠ نبذة ٣٩٢ والطبعة الثانية ص ٣٥٢ نبذة ٣٩٢ .
(١٠٨) الدكتور محمد حامد فهمي ، محكمة النقض والابرام المصرية ، في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ١٩٣٢ ص ٤٧٩ ، وقد أشار في ذلك الى جارسونيه ج ٦ نبذة ٣٨٤ .

وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١١ أبريل ١٩٣٥ حيث قبلت طعنا مبنيًا على أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون إذ قضى بالتعويض على أساس الغصب أو المسؤولية التقصيرية في حين أن منشأ الضرر الإخلال بالتزام تعاقدى هو الالتزام بتسليم أطيان مبادل عليها وكان الواجب أن تطبق عليه قواعد المسؤولية التعاقدية وقالت في أسباب حكمها ما يأتي :

« وحيث ان الواضح أن محكمة الاستئناف قد كيفت الدعوى المطروحة لديها تكييفًا خاطئًا نقلتها به عن حقيقتها وأعطتها حكمًا قانونيًا غير ما يجب اعطاؤه لمثلها ، ذلك بأن تسليم الأطيان المتخلفة للأمير (وهو الذى عقد المبادلة مع الحكومة) أمر واجب على الحكومة بمقتضى عقد البذل . وإذا كانت الحكومة تأخرت فيه كما أثبتته الحكم ، فتكون قد قصرت في تنفيذ ما يوجب عليها العقد . فالتأخير في التسليم هو تقصير تعاقدى يأخذ حكمه القانونى ، وحكم القانون فى ذلك وارد فى المادة ١١٩ من القانون المدنى وهو ايجاب التضمنات على المدين المقصر ، ثم بالمادة ١٣٠ التى تقضى بأن تلك التضمنات لا تكون مستحقة الا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفًا رسميًا .

« وحيث ان المحكمة قد تركت التكييف الصحيح لما ثبت لديها من الوقائع ، واعتبرت تقصير وزارة الأشغال فى تنفيذ العقد بالتسليم لمعتبر ذلك خطأ فعليًا *faute délictuelle* كالاغتصاب ، فأوجب التضمن على الوزارة من يوم حصول ذلك الفعل الذى أسندته الى تاريخ العقد ماعدا سنتين ، وواضح أن هذا مخالف للقانون ويقضى نقض الحكم » (١٠٩) .

(١٠٩) نقض مصرى (محنى) ١١ أبريل ١٩٣٥ المحاماة ١٥ — ١ —
٣٩٥ — ٢٠٦ ، وقرب من ذلك نقض مدنى ٢٧ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام
النقض ١٧ — ١٨٢ — ٢٤ ، نقض مدنى ٢ أبريل ١٩٦٨ مجموعة أحكام
النقض ١٩ — ٦٨٩ — ١٠١ ، نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ مجموعة =

(وثالثا) **حجية الشيء المحكوم فيه** : فإذا رفعت دعوى التعويض بتكليف معين ، واستمر نظر الدعوى ابتدائيا واستثنائيا على أساس هذا التكليف ، دون أن يدخل عليه أى تعديل ، لا من جانب المدعى ، ولا من جانب المحكمة ، فإن الحكم الذى يصدر فيها متى صار نهائيا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه ، ويمنع من نظر أية مطالبة جديدة بتعويض عن الضرر الناشئ عن الواقعة التى كانت السبب فى الدعوى الأولى (١١٠) . وبذلك ينتفى الخطر الذى نبه اليه كاييتان (١١١) . فلا يجوز لمن رفضت دعاواهم المبنية على المادة ١٣٨٢ بأحكام نهائية قبل استقرار مبدأ المسؤولية الناشئة عن الأشياء فى سنة ١٩٢٤ أن يجددوا المطالبة بالتعويض على أساس هذا المبدأ بعد أن تقرر ، كما أنه لم يجز للركاب الذين أصيبوا فى أثناء النقل ثم رفضت دعاواهم المبنية على المسؤولية التقصيرية أن يعودوا — بعد أن قررت المحاكم الفرنسية فى سنة ١٩١١ اعتبار مسؤولية متعهد نقل الركاب مسؤولية تعاقدية — الى المطالبة بالتعويض على هذا الأساس الجديد ، ولن يجوز للمرضى الذين أصابهم ضرر من العلاج ورفض طلبهم التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية — قبل حكم النقض الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٣٦ باعتبار مسؤولية الطبيب تعاقدية — أن يرغفوا دعاوى جديدة على أساس المسؤولية التعاقدية (١١٢) .

(وأخيرا) اذا رفع المصاب دعوى التعويض الى المحكمة المدنية ، ولو كان ذلك على أساس المسؤولية المفترضة ، فإنه يستتفد حقه فى الخيار المخول له بمقتضى قاعدة *Una via electa* ويعلق فى وجهه باب الادعاء بالحق المدنى أمام المحكمة الجنائية ، لأن دعوى التعويض التى أقامها أمام المحكمة المدنية تتحد مع الدعوى المدنية التى يريد أن يرغمها

= احكام النقض ٢٤ — ١٢٤٣ — ٢١٦ ، وايضا ٩ فبراير ١٩٧٧ مجموعة

احكام النقض ٢٨ — ٤١٣ — ٨٠ .

(١١٠) مازو نبذة ١٧٤١ .

(١١١) راجع ما سبق فى ص ١٣٠ .

(١١٢) فى هذا المعنى جوسران فى مقاله السابق الاشارة اليه .

الى المحكمة الجنائية من حيث السبب والموضوع والخصوم ، فلا يجوز له بعد أن اختار الطريق المدني أن يعدل عنه الى الطريق الجنائي (*) .

فيتضح من ذلك أن نظرية وحدة السبب في المسؤولية تتفادى جميع النتائج السيئة التي ترتبت على ما ذهبت اليه المحاكم من تعدد الأسباب في المسؤولية عن الضرر الناشئ من عمل واحد .

٢٥ — المسألة الرابعة — اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية (*) :

نصت المادة ٣ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي على جواز رفع الدعوى المدنية تبعا للدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية ، ونصت على مثل ذلك المادتان ٥٢ و ٥٤ تح أهلى والمادة ٤١ تح مقتط قديم والمادة ٩ تح مقتط معدل .

ومن المسلم به ان الدعوى المدنية لا تتولد الا اذا توافر في العمل الذي تنشأ عنه شرطان أساسيان : (١) أن يكون هذا الفعل جريمة جنائية ، (٢) وأن يكون الضرر المطلوب تعويضه ناشئا عن الجريمة مباشرة (١١٣) . فاذا ثبتت الجريمة وحكم فيها بالادانة وكانت علاقة السببية المباشرة بينها وبين الضرر متوافرة ، حكم أيضا بالتعويض على أساس الخطأ الثابت ، فلا تظهر أهمية المسؤولية المفترضة . أما اذا كان

(*) في هذا المعنى حكم الإدارية العليا ٢٨ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام المحكمة المذكورة ه ص ١٣٣٧ .
وقررت محكمة النقض أنه متى حاز حكم قوة الامر المقضى فانه يمنع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة الى المناقشة في المسألة التي فصل فيها (نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض ١٩ — ١٤٩٠ — ٢٣٧) .

(*) انظر تعليقا على حكم آخر في هذا اوضوع فيما يلى في ص ١٥٧ .
(١١٣) جندي بك عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٠٠ نبذة ٦ وما بعدها .

الضرر غير ناشئ مباشرة عن الجريمة ، حكم بعدم قبول الدعوى المدنية (١١٤) . وإذا لم تثبت الجريمة ، وجب كذلك الحكم بعدم قبول الدعوى المدنية لعدم اختصاص المحكمة الجنائية بها ، لأن المحكمة الجنائية غير مختصة بدعوى لها صبغة مدنية محضة (١١٥) .

فالقاعدة إذن أن المحكمة الجنائية إذا برأت المتهم لعدم ثبوت الجريمة تصبح غير مختصة بالفصل في الدعوى المدنية . وقد أخذ المشرع الايطالى بهذه القاعدة العامة ونص عليها في المادة ٢٣٣٠ ، وطبقها المشرع الفرنسى بالنسبة لمحاكم الجنح والمخالفات (أنظر المادتين ١٩١ و ١٥٩ تح فرنسى) واستثنى منها محاكم الجنائيات اذ خولها سلطة الحكم بالتعويض حتى في حالة البراءة (أنظر المواد ٣٥٨ و ٣٥٩ و ٣٦٦ تح فرنسى) . وحذا المشرع البلجيكي حذوه ولكنه عدل عن ذلك فيما يتعلق بمحاكم الجنائيات فسلبها بقانون ٢١ ديسمبر ١٩٣٠ سلطة الحكم بالتعويض في حالة البراءة .

أما المشرع المصرى فقد خالف هذا النهج ، ولم يكتف بأن يقرر في حالة الحكم بالبراءة اختصاص محاكم الجنائيات بالفصل في الدعوى المدنية اختصاصا وجوبيا ، بل قرر لمحاكم الجنح ومحاكم المخالفات في هذا الشأن اختصاصا جوازيا (المادة ١٤٧ تح أهلى و ١٤٤ تح مختلط قديم بالنسبة لمحاكم المخالفات ، والمادة ١٧٢ تح أهلى و ١٧١ تح مختلط قديم بالنسبة لمحاكم الجنح) (١١٦) ، أى أنه جعل الحكم في طلب

(١١٤) نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ الحيازة ٢١ — ٦٩٧ — ٨٠ ٣٠٥
يونيه ١٩٤٢ الحيازة ٢٣ — ٣٥١ — ١٤٠ .
(١١٥) نقض ١٤ فبراير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ١١٥ — ١٠٠ ٥٩
نوفمبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ — ٢ — ٢ .
(١١٦) وفي القانون المخطط الجديد لتحقيق الجنائيات نصت المادة ٩ على أن حق التعويض الناشئ من جريمة جنائية تجوز المطالبة به أمام المحاكم الجنائية تبعا للدعوى العمومية ، فذهبت بعض المحاكم بناء على ذلك الى أنه في حالة البراءة لا تكون هناك جريمة ، واذا فلا تكون الدعوى المدنية مقبولة =

التعويض اختياريا لها إن شاءت أنته ، وإن شأعت تركته (١١٧) . لكنها إن أرادت أن تحكم فيه وجب عليها أن تتحدث في حكمها عن التعويضات المطلوبة وأن تقول فيها كلمتها مينة الأسباب التي تستند اليها فيما تقضى به (١١٨) ، وإن أرادت أن تتغلى عنه فعليها اظهار هذه الارادة مع حفظ الحق للخصوم يتقاضونه لدى جهة الاختصاص (١١٩) . وقد بينت محكمة النقض من زمن طريقة استعمال هذا الحق المخول لمحاكم الجرح والمخالفات ، فقررت انه يجب أن تكون هناك شبهة جريمة أى أن لا يكون النزاع في الواقع مدنيا بحتا وإنما ألبسه المدعى ثوب الجريمة توصلا الى اختصاص المحاكم الجنائية ، وأن لا تكون الدعوى المدنية في حاجة الى اجراءات طويلة للفصل فيها يترتب عليها تعطيل الفصل في الدعوى العمومية (١٢٠) . وقد اتبعت المحاكم باطراد هذا التوجيه الذى وضعت محكمة النقض (١٢١) .

ويظهر من مجموع هذه الشرائع التى أشرنا اليها — فيما عدا التشريع المصرى — أنها تضيق في اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية الى حد كبير ، وأنها تعتبر الأصل عند البراءة عدم اختصاصها بالدعوى المدنية ، وأن القانون الفرنسى ينفرد باستثناء محاكم الجنايات من هذا الأصل .

ويعمل الشراح ذلك (أولا) بأن دعاوى التعويض تدخل أصلا في

= (جنح مصر المخططة ٢ مايو ١٩٣٨ الفازيت ٢٨ — ٢٨١ — ٣٠٠) ، ولكن أحكاما أخرى منحت هذا الرأى تنفيذا تاما وأخذت بعكسه استنادا الى المادتين ١٩٨ و ٣٠٦ تع مخطط جديد . أنظر جنح المنصورة المخططة ٥ مايو ١٩٣٨ الفازيت ٢٨ — ٢٨١ — ٣٠١ ، استئناف مخطط ١٩ يونيه ١٩٣٩ الفازيت ٣١ — ٤٦ — ٣١ .

(١١٧) القلى بك تحقيق الجنايات ص ١٣٤ .

(١١٨) نقض ١٧ مارس ١٩٤١ المحابة ٢٢ — ١٦ — ١١ .

(١١٩) نقض ١٦ فبراير ١٩٣٠ ذكره القلى بك في ص ١٣٤ هامش ١ .

(١٢٠) نقض ٢٨ يناير ١٨٩٩ المجموعة ١ ص ٨٣ .

(١٢١) القلى بك ص ١٣٤ .

اختصاص المحاكم المدنية وحدها ، وانما أجاز المشرع رفعها الى المحاكم الجنائية استثناء حتى تمكن الافادة فيها من التحقيقات الجنائية المؤدية الى اثبات الجريمة ، أما في حالة البراءة ، فلا تفيد هذه التحقيقات شيئا فيما يتعلق بالحكم بالتعويض ، ولا تتوفر اذن الحكمة التي من أجلها تقرر الاختصاص للمحكمة الجنائية ، و (ثانيا) بأنه لو اعترف بهذا الاختصاص للمحاكم الجنائية ، لكان ذلك سبيلا الى الجنى عليهم يسمح لهم أن يصوروا جرائم جنائية وهمية ليستطيعوا عن طريقها رفع دعاوهم المدنية الى المحاكم الجنائية ، فيستفيدوا من سرعة الاجراءات أمامها بدل سلوكهم الطريق العادى أمام المحاكم المدنية . أما الاستثناء الخاص بمحاكم الجنايات ، فيغيره انعدام الخوف فيه من ذلك اذ أن الدعوى العمومية لا ترفع الى هذه المحاكم الا عن طريق احالتها عليها من دائرة الاتهام (١٢٢) (التي تقابل نظام قاضى الاحالة عندنا) .

أما التشريع المصرى ، فقد وسع من اختصاص المحاكم الجنائية بالنسبة للدعوى المدنية ، اذ اعتبر القاعدة أن هذه المحاكم تكون مفتصة بالحكم في التعويض بالرغم من حكمها بالبراءة الا ان رأت محاكم الجنح والمخالفات أن تتخلى عن الفصل في طلب التعويض ، فيكون حق المصاب محفوظا يتقاضاه أمام المحكمة المدنية .

ويعلل هذا الاختصاص برغبة المشرع في الافادة من التحقيقات الجنائية حتى في حال البراءة (١٢٣) . أما الخوف من قيام المصاب بتصوير جرائم جنائية لا أساس لها تذرغا لجعل المحاكم الجنائية مختصة بدعاواه المدنية ، فيدروؤه بالنسبة لمحاكم الجنايات نظام قاضى الاحالة ، وبالنسبة لمحاكم الجنح والمخالفات سلطة هذه المحاكم في عدم قبول الدعوى اذا رأت أن التهمة المرفوعة بها الدعوى ظاهرة البطلان (١٢٤) .

(١٢٢) جارو ج ١ ص ٤١٤ .

(١٢٣) جندى بك عبد الملك ص ٦٧٣ .

(١٢٤) جندى بك عبد الملك ص ٦٧٤ .

غفى دائرة هذا الاختصاص الوجوبى المقرز لمحاكم الجنايات الفرنسية والمصرية ، وفى دائرة الاختصاص الاختيارى المتروك لمحاكم الجنج والمخالفات المصرية ، تظهر الأهمية العملية للتمسك أمام المحكمة الجنائية بقواعد المسؤولية المفترضة . ويجوز التساؤل عما اذا كان المقصود بهذا الاختصاص أن يكون للمحكمة الجنائية — فى الوقت الذى تقرر فيه انتفاء الخطأ الجنائى — أن تبحث فقط عن خطأ مدنى ثابت تقيم الحكم بالتعويض على أساسه ، أم أنه يجوز لها أن تبني حكمها على أية قاعدة من قواعد القانون المدنى التى تقضى بالمسؤولية المفترضة ؟

ولما كانت القاعدة فى فرنسا أن المحاكم الجنائية لا تختص بالنظر فى الدعوى المدنية الا فى حالة ادانة المتهم ، ولما كانت الدعوى المدنية فى هذه الحالة يسهل الحكم فيها بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢ مدنى ، فقد قرر أكثر الشراح أن المحكمة الجنائية لا تكون مختصة بالدعوى المدنية الا اذا كانت مبنية على المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى الثابت ، واستبعدوا بذلك اختصاصها بالنسبة للمسؤولية التعاقدية وغيرها من حالات المسؤولية المفترضة (١٢٥) .

غير أنه يلاحظ على هذا الرأى (أولا) أنه ليس صحيحا على إطلاقه ، إذ أنه من المسلم به أن المحكمة الجنائية تختص بنظر الدعوى المدنية ضد المسئول مدنيا مع أن مسؤولية هذا الأخير مستقلة عن مسؤولية المتهم وتختلف عنها من حيث شروطها ومن حيث سببها ، لأنها ليست ناشئة مباشرة عن الفعل المكون للجريمة وإنما هى مقررة بنص القانون و (ثانيا) أنه ليس صحيحا بوجه خاص بالنسبة لمحاكم الجنايات ، لأنه مادامت هذه المحاكم تختص بالدعوى المدنية حتى فى حالة البراءة ، فيجب عليها فى هذه الحالة أن تقضى فى الدعوى طبقا لما تقضى به قواعد

القانون المدنى ، ويتعين عليها تكيف الدعوى وتطبيق أحكام هذا التكيف .

لذلك يرى بعض الشراح الذين نظروا بوجه خاص الى الاختصاص الاستثنائى المقرر لمحاكم الجنايات فى حالة البراءة أن هذه المحاكم تختص بنظر الدعوى المدنية سواء كانت مبنية على المسئولية التقصيرية أو على المسئولية عن فعل الغير أو على المسئولية الناشئة عن الأشياء أو على المسئولية التعاقدية (١٢٦) .

وفى القانون المصرى حيث عمم المشرع الاختصاص الاستثنائى المقرر للمحاكم الجنائية فى حال البراءة ، يمكننا أن نقرر من باب أولى أن هذه المحاكم تملك الحكم بتعويض الضرر الناشئ عن الفعل الضار أيا كان التكيف القانونى لهذا الفعل ، لأنه متى ثبت اختصاص المحكمة بما يترتب على هذا الفعل الضار الذى هو سبب المسئولية ، فلا يجوز أن يؤثر فى هذا الاختصاص وصف المسئولية الناشئة عن هذا الفعل بأنها مسئولية تقصيرية أو تعاقدية ، أو بأنها مبنية على الخطأ الثابت أو على الخطأ المفترض ، وسواء أكان هذا الخطأ شخصيا أم صادرا من الغير .

- ٢ -

تطبيق المبادئ

٢٦ - فى قضية إبراهيم محمد هيبه (حكم أول فبراير ١٩٤٣) : رفعت الدعوى العمومية أمام محكمة الجنايات على إبراهيم محمد هيبه وسالم محمد الشاعر لمحاكمتهما بالمادة ٢٤٠ ع . فقرة أولى باعتبار أنهما ضرياً عذ العال عطية وأحدثا به عاهة مستديمة ، وادعى المجنى عليه

(١٢٦) مازو نبذة ١٨٥٧ ونبذة ٢٠٣١ ، ومقال هنرى مازو من المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ص ٦٦٤ نبذة ١٥٧ حيث يقول :

بالحق المدنى قبل المتهم الأول ، ولكن لم يثبت للمحكمة ارتكاب أى من المتهمين للضرب الذى نشأت عنه العاهة ، غير أتهمها ورفضت الدعوى المدنية . فظعن المدعى المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون اذ كان يجب فيه الزام المتهم الأول بالتعويض على اعتبار أن واقعة الضرب حصلت من أتباعه فيكون مسئولاً عنهم بناء على المادة ١٥٢ مدنى . وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن وبنّت رفضها على أن التمسك بالمادة ١٥٢ يعتبر تمسكا بسبب جديد لا يجوز التمسك به أمام النقض لأول مرة .

ونستطيع فى ضوء المبادئ التى خلصت لنا أن نقرر أن محكمة النقض أصابت فى ذلك ، لأن ما قضت به يتفق لامع مذهب المحاكم فى تعدد سبب المسؤولية المدنية فحسب ، بل أيضا مع نظرية وحدة السبب ، لأن هذه النظرية — كما مر بنا — تستثنى مسؤولية السيد وتعتبر سببها المباشر نص القانون لا الفعل الضار (١٢٦ مكرر) ، وبناء على ذلك يكون صحيحا أنه لا يجوز التمسك بهذه المسؤولية لأول مرة أمام محكمة النقض (١٢٧) .

غير أنه يجوز لنا أن نتساءل ألم يكن فى وسع محكمة الجنائيات أن تحكم بالزام المدعى عليه فى الدعوى المدنية بالتعويض اذا كان قد ثبت لديها أن المدعى عليه قد تزعم نفرا من أتباعه واشترك معهم فى الاعتداء على غريق المجنى عليه ، اذ يبدو لنا أن ذلك يكفى لتكوين خطأ يستوجب المسؤولية المدنية وان لم يكن كافيا للادانة جنائيا . فقد قضت محكمة

«...On voit mal pourquoi le créancier ne pourrait pas former devant la juridiction répressive son action en responsabilité contractuelle...»

انظر فى هذا المعنى ايضا رؤوف عبيد فى الاجراءات الجنائية سنة ١٩٨٢ ص ١٥٧ و ٢١١ .
(١٢٦ مكرر) راجع ما تقدم فى ص ١٢٧ .
(١٢٧) على أن ذلك لا يمنع المصاب من رفع دعوى جديدة تأسيسا على المادة ١٥٢ اذا أثبت توافر شروطها .

النقض بأنه اذا اشتبك عدة أفراد في مضاربة مع فريق آخر ، وكان كل منهم عاقدا النية على ايداء الفريق الآخر ، فأحدثوا اصابات بذلك الفريق ، دون أن يمكن تعيين من منهم الذى أحدث الاصابة القاتلة ، فان الجميع يكونون بالرغم من ذلك مسئولين بالتضامن (١٢٨) ، لأن المسئولية المدنية خلافا للمسئولية الجنائية يكفى فيها أن يتوافر لدى المتهمين وقت الحادثة اتحاد الفكرة والارادة على ايقاع الضرب بالمجنى عليه ولا يشترط فيها الاتفاق الجنائى (١٢٩) ، ويكون المتهمون في هذه الحالة مسئولين مدنيا حتى لو حكم ببرائتهم جنائيا (١٣٠) .

لذلك نرى أن محكمة الجنايات كان ينبغي أن تحكم بالتعويض على أساس هذا الخطأ ولو لم يتمسك به المدعى المدنى ، وان حكمها — وقد أغفل ذلك — كان يجوز الطعن فيه بالنقض لهذا السبب .

٢٧ — في قضية المرجوشى بك ضد على محمد داود (حكم أول مارس ١٩٤٣) : اتهمت النيابة العمومية على محمد داود وآخرين من مستخدمي محل المرجوشى بك بأن كلا منهم ارتكب تزويرات أو سرقات أو اختلاسات معينة ، ودخل المرجوشى بك مدعيا مدنيا قبل جميع المتهمين ، فبرأت محكمة الجنج على محمد داود من السرقات والاختلاسات المعينة التى نسبت اليه ورغضت الحكم عليه بالتعويض . وقد أيدت المحكمة الاستئنافية حكم البزاة ولكنها — بالرغم من عدم ثبوت وقائع الاختلاس والسرقة التى نسبت اليه — حكمت عليه بالتعويض بناء على ما ثبت لديها من أن المتهم بوصف كونه وكيلًا لمحل المرجوشى بك قد قصر في تنظيم دفاتر المحل وفي مراقبة الكتاب الحسابيين ، فطعن على محمد داود في هذا الحكم . بأنه أخطأ في تطبيق القانون لأنه قضى بالتعويض

-
- (١٢٨) نقض ٢ مارس ١٩٤٢ المحاكمة ٢٣ — ٣٣ — ٢٠ ، ٢٦ يونيه ١٩٤١ . المحاكمة ٢٢ — ٣٥٩ — ١٢١ .
 (١٢٩) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ المحاكمة ١١ — ٨١٩ — ٤٢٢ ، ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاكمة ١٢ — ١٠٩ — ٦٣ ، ٨ مايو ١٩٣٩ المحاكمة ٢٠ — ٢٩ — ١٧ ، ٨ يناير ١٩٤٠ المحاكمة ٢٠ — ١٠٦٤ — ٤٥١ ، وانظر ايضا استئناف مصر ١٤ مارس ١٩٣٩ المحاكمة ١٩ — ١١٤٦ — ٤٦٠ .
 (١٣٠) نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٤٢ المحاكمة ٢٤ — ٢٠ — ٩ .

على أساس المسؤولية التعاقدية في حين أن المدعى المدني لم يبين طلبه الا على أساس المسؤولية التقصيرية ، وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه وقضت برفض الدعوى المدنية •

وعندى أن المحكمة الاستئنافية اذا كانت قد خالفت القانون ، فليس ذلك لأنها استبدلت بالمسؤولية التقصيرية مسؤولية المستأنف عليه التعاقدية ، بل لأنها حكمت بالتعويض بناء على واقعة أخرى غير الواقعة التى نسبت الى المتهم أمام محكمة أول درجة • فالوقائع المكونة للجريمة التى بنى عليها الاتهام والمكونة للفعل الضار الذى بنى عليه طلب التعويض والذى يعتبر سببا في دعوى المسؤولية المدنية هى وقائع السرقة والاختلاس • أما الواقعة التى بنت عليها المحكمة الاستئنافية حكمها بالتعويض ، فهى اغفال تنظيم الدفاتر ومراقبة الكتاب الحسابيين • وهذه الواقعة ليست مغايرة للوقائع الأولى في ذاتها فحسب ، بل أيضا فيما ترتب عليها من ضرر ، أى أنها تكون فعلا ضارا آخر غير الفعل الضار الذى رفعت بسببه الدعوى أمام محكمة أول درجة ، وبعبارة أخرى فان طلب التعويض بسبب اغفال تنظيم الدفاتر يعتبر سببا جديدا ما كان يجوز للمدعى المدني أن يتقدم به لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية • ومن باب أولى لم يكن يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتبرع من عندها للمدعى فتقضى له بالتعويض بناء على سبب جديد لم يتمسك به ولا سيما أن هذا السبب الجديد لا يكون جريمة جنائية ولا تختص به المحاكم الجنائية اطلاقا • فالذى وقع اذن هو تأسيس الحكم بالتعويض على فعل ضار غير الفعل الضار الذى رفعت الدعوى بناء عليه ، لا مجرد تغيز تكييف الفعل الضار ذاته من مسؤولية تقصيرية الى مسؤولية تعاقدية •

ويلاحظ أن عبارات الطاعن التى بنى عليها طعنه يؤخذ منها أنه نعى على الحكم تغييره الأساس الذى انبنى عليه طلب التعويض (والأساس هو ذات الفعل الضار) ، لا تغييره نوع المسؤولية كما اعتبرته محكمة النقض • وأنه اذا كانت محكمة النقض قد أصابت من حيث الموضوع في

نقضها الحكم المطعون فيه ورفضها الدعوى المدنية ، فان وضع المسألة بالشكل الذى وضعها به الطاعن — لا بالشكل الذى وضعتها به محكمة النقض — هو الذى يؤدى الى النتيجة التى أخذت بها المحكمة .

لذلك يجوز لنا ألا نعول كثيرا على ما قررته محكمة النقض فى هذا الحكم من حيث اعتبار تغير وصف المسؤولية من تقصيرية الى تعاقدية تغييرا فى سبب المسؤولية ، وألا نعتبر هذا الحكم مقرا لبدأ عام بهذا المعنى ، اذ أن الوقائع التى صدر بصددھا كان فيها إعلان ضاران متميزان يقابل كلا منهما نوع من المسؤولية ، فيمكن القول بأن الذى رأت المحكمة عدم جوازہ هو قيام قاضى الموضوع من تلقاء نفسه بالاستناد الى فعل ضار غير الفعل الضار الذى استند اليه المدعى ، لا مجرد تطبيقه أحكام نوع من المسؤولية غير أحكام النوع الذى تمسك به المدعى . ولا يمنع من هذا القول الا أن تؤكد المحكمة ما قررته فى هذه القضية فى قضية أخرى يكون فيها ذات الفعل الضار أريد تغيير وصفه من المسؤولية التقصيرية الى المسؤولية التعاقدية أو العكس . وهذا ما سنراه فى القضية التالية .

٢٨ — فى قضية فريد بولص ضد شركة أوتوبيس قوص :

اتهمت النيابة العمومية زاهر محمد قطقاط بأنه تسبب برعونته واهماله فى قيادة الأتوبيس أصابة فريد بولص أحد ركاب الأتوبيس ، وادعى الجنى عليه بالحق المدنى قبل المتهم وقبل شركة السيارات باعتبار المتهم تابعا لها .

برأت محكمة الجنح المتهم ورفضت الدعوى المدنية قبله وقبل الشركة لأنها لم تجد فى الحادث خطأ على السائق ، بل ثبت لديها أن انقلاب السيارة حصل بسبب اضطراب السائق للانحراف الى طرف الجسر ، وان انهيار الجسر راجع الى قيام الفلاحين بحفره من أسفله دون أن يبدو فى أعلاه أثر ذلك . وقد تأيد هذا الحكم فى الاستئناف ، غطن فيه المدعى المدنى بأنه رفض الدعوى المدنية دون أن يبين أسباب

رفضها وبأنه كان يجب عليه أن يقضى بالتعويض على شركة السيارات
بناء على مسؤوليتها التعاقدية •

وقد رفضت محكمة النقض الطعن وقالت عن هذا الوجه الأخير أن
المحكمة ما كان يسوغ لها قانوناً أن تقضى على أساس المسؤولية التعاقدية
مادامت الدعوى قد رفعت إليها على أساس المسؤولية التقصيرية ، إذ
ليس لها أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى يرفعها
به صاحبها • وظاهر أن لتقرير المحكمة ذلك فى هذه القضية قوة تزيد عما
له من قوة فى القضية السابقة ، لأن الأمر متعلق هنا بفعل ضار واحد
وبتغيير وصف المسؤولية الناشئة عن هذا الفعل الواحد من تقصيرية الى
تعاقدية •

ولكننا رأينا فيما تقدم من بحث أن وصف الفعل الضار الواحد بأنه
يوجب مسؤولية تقصيرية أو تعاقدية لا يغير فى سبب المسؤولية ، وإنما
يعتبر مجرد تكييف قانونى للواقعة المعتبرة سبباً فى المسؤولية ، فتملكه
المحكمة من تلقاء نفسها ، وبناء على ذلك ولأننا لا نأخذ بنظرية الخيرة بين
المسؤوليتين التقصيرية والتعاقدية ، بل نعتقد أن المسؤولية فى هذه
القضية يتعين وصفها بأنها تعاقدية ، نرى أنه كان يجب على كل من
محكمتى قوص وقتنا أن تنظرا فى حادث انقلاب السيارة واصابة الراكب
من ذلك باعتباره إخلالاً بالتزام تعاقدى ، فتحكمان للمصاب بالتعويض
دون حاجة الى اقامته الدليل على خطأ السائق ، وكان يتعين على محكمة
النقض وقد أغفلت المحكمتان الموضوعيتان ذلك أن تقبل الطعن وتلغى
حكمهما •

هذا من الناحية القانونية ، أما من حيث الموضوع فإن المحكمة قد
أصابت الحل الصحيح ، ولم يكن أخذها بما نقول به ليغير فى الموضوع
شيئاً ، لأن المسؤولية التعاقدية اذا كان يستغنى فيها عن اقامة الدليل
على الخطأ التقصيرى ، فإنه من المسلم به أنه يجوز دفعها بالسبب
الأجنبى ، وفى هذه القضية تعتبر واقعة حفر الفلاحين للجسر من أسفله
سبباً أجنبياً عن السائق يكفى لدفع مسؤوليته الشخصية ولدفع مسؤولية
الشركة التعاقدية •

٢٩ - الخاتمة (*) : يخلص مما تقدم أنى لا أرى رأى محكمة النقض غيما ذهبت اليه في هذه الأحكام الثلاثة متعلقا بالتلازم بين الخطأ المدنى والخطأ الجنائى وباختلاف دعوى المسؤولية التقصيرية عن دعوى المسؤولية التعاقدية من حيث سببهما ، بل أرى الصواب (أولا) في القول بأن حكم البراءة المبني على انتفاء الخطأ الجنائى لا يغلغ باب البحث في اعتبار ما وقع من المتهم خطأ مدنيا يستتبع الحكم بالتعويض و (ثانيا) في القول بأن السبب في دعوى التعويض هو الفعل الضار ، وأن وصف المسؤولية بأنها تقصيرية أو تعاقدية لا يعدو أن يكون تكييفا قانونيا لهذا الفعل الضار ، فتملك المحكمة تعديله من تلقاء نفسها ، ويجوز للمدعى أن يعدله في الاستئناف ، كما يجوز له أن يتمسك أمام محكمة النقض بخطأ محكمة الموضوع في هذا التكييف ، فإذا أصبح الحكم نهائيا حاز حجية الشيء المحكوم فيه ، و (ثالثا) في القول بأنه إذا كان الفعل الضار مكونا لجريمة جنائية ، فإن تكييف المسؤولية الناشئة منه على وجه معين لا يؤثر في اختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية اختصاصا وجوبيا غيما يتعلق بمحاكم الجنايات وجوازا غيما يتعلق بمحاكم الجرح والمخالفات .

— ٢ —

تطبيق على حكم آخر :

في اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية :

نص القانون على جواز رفع الدعوى المدنية تبعا للدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية (المادتان ٥٢ تح و ٥٤ تح أهلى والمادة ٩ تح مختلط

(*) وقد أخذت محكمة النقض بعد ذلك بما انتهينا اليه في هذه الخاتمة يراجع في ذلك مؤلفنا في أصول الاثبات واجراءاته ، الطبعة الرابعة ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٩١ وما بعدها .

جديد) . ومن المسلم أن المحكمة الجنائية لا تختص بالنظر في الدعوى المدنية الا اذا توافر في الفعل الذى تنشأ عنه هذه الدعوى شرطان أساسيان :

(١) أن يكون هذا الفعل جريمة جنائية .

(٢) وأن يكون الضرر المطلوب تعويضه ناشئاً عن الجريمة مباشرة (١٣١) .

والظاهر أن تطبيق هذا الشرط الأخير يدق في العمل كثيراً ، حتى أن محكمة النقض اضطرت الى التنبيه اليه مرارا في خلال السنتين الأخيرتين ، وأصدرت أحكاما عدة قضت فيها بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية بناء على أن هذه الدعوى ليست ناشئة مباشرة من الفعل المكون للجريمة ، وان كانت نتيجة لظرف آخر متصل بالواقعة موضوع المحاكمة .

اذلك أرى أنه لا يخلو من غائدة أن أعرض فيما يلى بعض الصور التى قضت فيها محكمة النقض بهذا المعنى :

اتهم شخص بأنه اشترك مع آخر مجهول فى ارتكاب تزوير فى ورقة رسمية هى إيصال تسلم خطاب مسجل مرسل من بنك مصر الى أحد عملائه وبأنه استعمل الإيصال المزور بأن قدمه ، مع علمه بتزويره ، لموزع البريد وتسلم بمقتضاه الخطاب المسجل ، وبأنه ارتكب تزويرا فى أوراق عرغبة هى الشيكات المسحوبة على بنك مصر بأن جعلها صادرة لأمره . وتدخل صاحب الخطاب المسجل فى الدعوى مدعيا بحقوق مدنية

(١٣١) جندى بك عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٣ من ٦٠٠ نبذة ٦ وما بعدها ، وبحثنا فى تكييف الفعل الضار واختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية ، المنشور قبل هذا التعليق مباشرة .

طالباً الحكم له على البنك بالتضامن مع المتهم بقيمة الشيكات ، وطلب البنك رفض الدعوى ثم طلب اخراجه منها ، ولكن المحكمة الجنائية حكمت بالعقوبة على المتهم وبإلزامه مع البنك بأن يدفعاً متضامنين المبلغ المطلوب والمصاريف المدنية ، وبنت قضاءها بذلك على خطأ البنك في عدم التحقق من صحة الامضاءات الموقع بها على الشيكات قبل صرف قيمتها ، فطعن البنك في هذا الحكم وبنى طعنه على انه طلب في دفاعه أمام محكمة الجنايات اخراجه من الدعوى على اعتبار أنه لا شأن له في الجرائم التي ارتكبها المتهم وانه لا محل لتوجيه الدعوى المدنية اليه أمام المحكمة الجنائية ولكنها أغفلت هذا الدفاع ولم ترد عليه . وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصادر في ٣ أبريل ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ — ٧٤٠ — ٢٥٢) وقررت في شأنه « أن الأصل في دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع الى المحاكم المدنية ، وانما أباح القانون بصفة استثنائية رفعها الى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى العمومية وكان الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر حصل للمدعى من الجريمة المرغوة عنها الدعوى العمومية . فاذا لم يكن الضرر ناشئاً عن هذه الجريمة بل كان نتيجة لظرف آخر (كخطأ البنك في عدم التحقق من صحة الامضاءات الموقع بها على الشيكات) ولو كان متصلاً بالجريمة ، سقطت تلك الإباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر دعوى الحق المدني » . وأضافت المحكمة الى ذلك ، رداً على وجه آخر من أوجه الطعن « ان عدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية عن تعويض ضرر ليس ناشئاً عن الجريمة هو مما يتعلق بولايتها القضائية ، فهو اذن من صميم النظام العام ويجب على المحكمة أن تحكم به ولو من تلقاء نفسها ، ويجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة النقض » .

وفي صورة أخرى اتهم شخص بأنه سرق موتوراً من البلدية وكان الموتور قد ضبط بعد أن باعه المتهم الى شخص آخر . فتدخل المشتري وأدعى مدنياً ضد المتهم بالمبلغ الذي دفعه له ثمناً للموتور المسروق طالباً الحكم به عليه متضامناً مع المجلس البلدى لأن المجلس استولى على

الموتور دون أن يرد له الثمن الذي دفعه • وقضت محكمة أول درجة بمقوية المتهم وبإلزامه مع المجلس البلدى بالتضامن بدفع ثمن الآلة المسروقة إلى المدعى المدنى • فاستأنف المجلس البلدى ودفع أمام محكمة ثان درجة بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية بناء على أن الضرر المطلوب تعويضه قد نشأ عن شراء المدعى المدنى الموتور من المتهم وأن هذا الشراء لا يدخل فى الجريمة التى يحاكم عليها المتهم ، وقد رفضت المحكمة الاستئنافية هذا الدفع بحجة أنه كان يجب ابدأه أمام محكمة أول درجة لعدم تعلقه بالنظام العام • فظمن المجلس البلدى فى هذا الحكم ، وقررت محكمة النقض قبول الطعن بحكمها الصادر فى ٢٢ مايو ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ - ٨٣٦ - ٢٨٣) وبنت حكمها على الأسباب التى نقلناها عن حكمها السابق (حكم ٣ أبريل ١٩٤٤) (١٣١ مكرر) وأضافت إليها فى الموضوع « أنه لما كان الضرر الذى لحق المدعى بالحق المدنى وأسس عليه دعواه قد نشأ عن واقعة شرائه الآلة المسروقة ، وهى واقعة مستقلة عن جريمة السرقة التى ما كانت تؤدى بذاتها الى هذا الضرر ، فإن المحاكم الجنائية لا تكون مختصة بنظر هذه الدعوى بل يجب رفعها أمام المحاكم المدنية » •

وفى صورة ثالثة تنازع فريقان على ملكية منزل كان فى حيازة أحدهما ، وحكم بالملكية وبالتسليم لصالح الفريق غير الحائز ، ونفذ هذا الحكم بمحض تسليم ، ولكن لم يتم اخراج المحكوم ضدهم من المنزل ، فظلوا شاغلين له ، الى أن تقدم مستأجر من الفريق المحكوم لصالحه يريد شغل المنزل والانتفاع به ، فتعرض له المحكوم ضدهم ومنعوه من دخول المنزل فرغعت عليهم الدعوى العمومية بسبب هذا التعرض وعوقبوا عليه ، ولكنهم ظلوا شاغلين المنزل • وبعد أربع سنين من ذلك أجر الفريق المحكوم لصالحه المنزل الى مستأجر آخر ، وحاول المستأجر الجديد دخول المنزل فمنعه شاغلوه بالقوة ، فرغعت عليهم الدعوى العمومية بالمادة ٣٧٠ ع • بتهمة الدخول فى منزل مسكون أو معد

للسكنى فى حيازة شخص آخر والبقاء فيه بقصد منع حيازته بالقوة .
وادعى الفريق المحكوم له بالملكية والتسليم مدنيا وطلب الزام المتهمين
متضامنين بمبلغ ٢٥ جنيها بصفة تعويض مقابل ما ناله من ضرر ناشئ
عن عدم الانتفاع بالمنزل المذكور وعن تعرض المتهمين له فى هذا المنزل
بدون وجه حق ، فقضت المحكمة الجنائية بمعقوبة المتهمين وبالزامهم
متضامنين بالتعويض المطلوب . ثم طعن المحكوم عليهم فى هذا الحكم ،
وقبلت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصادر فى ٢٠ مارس ١٩٤٤
(المحاماة ٢٦ - ٥٧٣ - ٢١٦) وقضت ببراءة الطاعنين بناء على أن المدعى
بالحقوق المدنية ، بعد أن قضى على الطاعنين بالمعقوبة فى واقعة التعرض
الأولى ، قد تركهم مقيمين بالمنزل موضوع النزاع ، فظلوا يشغلونه الى
أن ذهب من استأجره فى المرة الثانية للسكن فيه فمنعوه ، فلا تصح
معاقبتهم على أساس أنهم دخلوا منزلا فى حيازة المدعى بالحقوق المدنية
لأن تركه لهم مقيمين به وسكوته على ذلك أكثر من ثلاث سنين يعتبر
تفليا منه عن الحيازة التى حصلت له عند تنفيذ حكم الإخلاء .

ولهما يتعلق بالدعوى المدنية قالت محكمة النقض ان الضرر الذى
أشار اليه الحكم المطعون فيه وجعله أساسا للقضاء بالتعويض لم يكن
ناشئا عن واقعة التعرض المرفوعة بها الدعوى ، بل كان أساسه عدم
انتفاع المدعى بالحق المدنى بالمنزل موضوع النزاع فى مدة سابقة .
وهذا الأمر مهما كان اتصاله بالجريمة المرفوعة بها الدعوى فهو خارج عن
موضوع هذه الجريمة ، ولا يجوز أن يكون الضرر الناشئ عنه أساسا
لدعوى مدنية أمام المحاكم الجنائية ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول
هذه الدعوى والمدعى بالحق المدنى وشأنه فى المطالبة بحقه أمام المحكمة
المدنية .

وظاهر أن الضرر المطلوب تعويضه فى هذه الصورة الأخيرة نشأ عن
وقائع سابقة على الوقائع التى رفعت بها الدعوى العمومية ، فضلا عن
أنه ثبت للمحكمة أن هذه الوقائع الأخيرة لا تكون جريمة ، ولذلك كان
عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية واضحا .

أما في الصورتين السابقتين ، فالأمر على العكس من ذلك إذ يمكن القول بأن علاقة السببية متوافرة بين الضرر المطلوب تعويضه والجريمة التي رفعت بها الدعوى العمومية ، لأن الضرر ما كان يقع في الصورة الأولى لولا أن المتهم زور إيصال البريد والشيكات التي استعملها في صرف المبلغ من البنك ، ولا في الصورة الثانية لولا أن المتهم سرق الموتور الذي باعه إلى المدعى المدني ، ولكن محكمة النقض لا تكتفى بهذا النوع من السببية المبني على نظرية تعادل الأسباب ، بل تشترط أن يكون الفعل المكون للجريمة هو السبب المباشر للضرر المطلوب تعويضه (١٣٣) . أما إذا كان السبب المباشر لهذا الضرر فعلا آخر ، ولو كان هذا الفعل وحده غير كاف لحدوث الضرر لولا وقوع الفعل المكون للجريمة ، فإن المحكمة الجنائية لا تكون مختصة بالدعوى المدنية سواء أكان الفعل الذي يعتبر سببا مباشرا فعلا صادرا من المتهم نفسه (كبيع الموتور المسروق) أم كان صادرا من شخص آخر يراد اعتباره مسئولا مدنيا (كخطأ البنك في التحقق من صحة التوقيع على الشيكات) .

— ٤ —

المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية تختلف من حيث السبب عن المطالبة به على أساس المسؤولية التعاقدية :

هذا حكم آخر أصدرته محكمة النقض بتاريخ ٣١ مايو ١٩٤٣ (الحاماة ٢٦ - ٨١ - ٣٧) أضاف إلى ثلاثة الأحكام السابقة التي أصدرتها فيما بين أول فبراير و ٨ مارس ١٩٤٣ والتي علقنا عليها في حينها (راجع ما تقدم في ص ٩٢ وما بعدها) .

وقم تزوير واختلاس في غرر أحد البنوك ، حيث كان الموظف المكلف بتسلم الغلال من عملاء البنك لحفظها بشوئته قد استعان بأحد

(١٣٢) راجع في النظريات المختلفة في السببية ، العميد الطلي بك في المسؤولية الجنائية ص ٢٨ وما بعدها ، سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٩ وما بعدها .

خفراء الشونة في عملية الاستلام والوزن واقتصر هو على أن يدون في سجلات البنك البيانات التي يعطيها له الخفير عن هذه العمليات ، فجرى الخفير على اعطاء الموظف بيانات كاذبة عن مقادير تزيد على ما كان يتسلمه فعلا من العملاء ، وصرف قيمة تلك المقادير الزائدة لنفسه بناء على ايصالات الاستلام التي كان يحررها الموظف المختص بالاستلام ، فرغعت الدعوى العمومية على الموظف والخفير ، وادعى البنك مدنيا قبلهما معا . والمحكمة الجنائية تحققت من أن الموظف كان حسن النية وأن كل ما ينسب اليه من خطأ في هذا الموضوع أنه قصر في أداء واجباته المفروضة عليه بموجب عقد استخدامه حيث وكل الى غيره القيام ببعض العمليات المنوطة به ، فبرأته ورفضت الدعوى المدنية الموجهة اليه ، وقضت بعقوبة الخفير وبالزامه بالتعويض .

طعن البنك في هذا الحكم بأن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون اذ بنت على براءة الموظف رفض الدعوى المدنية قبله ، مع ثبوت وقوع إهمال كبير مده لولاء لما وقع التزوير ، واذا قالت بعدم الارتباط بين الجريمة وبين هذا الإهمال دون أن تبين أسبابا لذلك ، وكان يجب عليها اذا صح نظرها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية لا برفضها كما فعلت .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن واستندت في ذلك الى أن الدعوى المدنية رغعت من الطاعن أمام المحكمة الجنائية وفصلت فيها المحكمة على أساس الضرر الذي لحقه من الجرائم التي وقعت أى على أساس مسائلة المدعى عليهم بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية ، وأن المحكمة حين انتهت الى أن أحد المتهمين هو وحده الذي قارب الجريمة وأن المتهم الآخر لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه وبين المدعى بالحقوق المدنية ، كان متعينا عليها أن لا تقضى بالتعويض الا على من ثبتت عليه الجريمة لأن حكمها على المتهم الذي خالف شروط العقد لا يكون الا على أساس المسؤولية التعاقدية أى بناء على سبب آخر غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا

يجوز في القانون ... وأما القول بأن المحكمة كان يجب عليها - وقد صدق النظر الذي ارتأته - أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة للمتهم المذكور ، فمردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من أن يرفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية ، واذن فإن القضاء برفضها يكون صحيحا .

ويظهر من حيثيات هذا الحكم أن المحكمة اعتبرت دعوى تعويض الضرر المدنية على أساس الخطأ التعاقدى مختلفة من حيث السبب عن دعوى تعويض ذات الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية ، وإنها بنت على ذلك نتيجتين من النتائج التي سبق أن أشرنا إلى ترتبها على نظرية المحاكم في تعدد السبب في دعاوى المسؤولية (راجع هذه النتائج ونقدنا لها فيما تقوم في ص ١٢٥ وما بعدها) : الأولى أنه لا يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها دعوى تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أن تحكم فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية ، والثانية أن رفض دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا يمنع من رفع دعوى جديدة على أساس المسؤولية التعاقدية ، أي أن الحكم الذي يصدر في دعوى التعويض المدنية على المسؤولية التقصيرية لا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة إلى دعوى تعويض أخرى ترفع عن الضرر ذاته على أساس المسؤولية التعاقدية .

والجديد في الحكم محل هذا التعليق إنما هو تطبيق هذه النتيجة الأخيرة . أما النتيجة الأولى فقد سبق أن طبقتها الأحكام الثلاثة التي أشرنا إليها ، ونحن قد غندنا نظرية المحاكم في تعدد السبب في دعاوى المسؤولية ونقدنا جميع النتائج التي تترتب عليها . وأهم اعتراض يوجه إلى هذا التطبيق الجديد لنظرية المحاكم أنه إذا كان الحكم القاضي برفض التعويض في دعوى المسؤولية التقصيرية لا تثبت له حجية الشيء

المحكوم عليه بالنسبة الى دعوى التعويض عن الضرر ذاته على أساس المسؤولية التعاقدية ، فما الذى يمنع المدعى من انكار هذه الحجة حتى بالنسبة الى الحكم الذى قضى له فى الدعوى الأولى بالتعويض ليتمكن من الحصول فى الدعوى الثانية على حكم آخر بالتعويض ويحصل بذلك على تعويض مضاعف عن الضرر الواحد فيكون الضرر الذى أصابه سببا لاثرائه على حساب الغير ؟

— ٥ —

تطبيق على حكم نقض جنائى صادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١١٩ لسنة ٢٠ ق بشأن تعيين السبب فى دعوى المسؤولية المدنية (*) :

المبدأ القانونى — متى رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة على أساس مساعلة من رفعت عليه عن فعله الشخصى فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساعلته عن فعل تابعه ، والا فانها تكون قد خالفت القانون .

تطبيق : يثير هذا الحكم مسألة السبب فى دعوى المسؤولية : وهى مسألة طال اختلاف الفقه والقضاء الفرنسيين والمصريين فى شأنها . فقد أجازت غالبية المحاكم النظر فى دعوى التعويض على أساس المسؤولية المفترضة أو المسؤولية العقدية بعد أن تكون المحكمة الجنائية قد برأت المدعى عليه ورفضت الزامه بالتعويض على أساس المسؤولية الشخصية المبنية على خطأ ثابت ، وعملت قضائيا بذلك بأن السبب فى دعوى المسؤولية هو النص القانونى الذى يستند اليه المدعى فى المطالبة بحقه فى التعويض فاذا بنى المدعى دعواه على نص معين كالمادة ١٥١ مدنى قديم لم يرفض ، ثم رفع دعوى جديدة عن ذات الضرر استنادا الى نص آخر كالمادة ١٥٣ مدنى قديم كانت دعواه الجديدة جائزة القبول

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء (دار النشر للجامعات المصرية) السنة الرابعة ص ١٤٩ من قضاء النقض الجنائى .

باعتبار أن سببها مغاير لسبب الدعوى الأولى (نقض فرنسى عرائض
٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٢٢٤ ، مدنى ؛
يناير ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ١٢٩ ، مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٠
غازيت القضاء ١٩٣٠ — ٢ — ٩٦٠ ، مدنى ١٦ مارس ١٩٣٧ غازيت
القضاء ١٩٣٨ — ٢ — ٣٥ ، نقض مصرى جنائى ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحاماة
١٢ — ٢٦٣ — ١٤٣ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٣٠ — ٧٦١ —
٢٩٤ ، أول فبراير ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٤٨٠ — ١٦١ ، أول مارس ١٩٤٣
المحاماة ٢٥ — ٤٩ — ٢٦) •

وقد رتب المحاكم على ذلك عدة نتائج أخرى منها (أولا) أن
المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها أن تغير سبب المسؤولية وأن تحكم
للمدعى بالتعويض على أساس آخر غير الذى بنى عليه دعواه •
و (ثانيا) أن المدعى بالتعويض لا يجوز له أن يغير أساس دعواه أمام
محكمة ثانى درجة لأن ذلك يعتبر طلبا جديدا مما لا يجوز التمسك به
لأول مرة فى الاستئناف • و (ثالثا) أن المصاب اذا طالب بالتعويض أمام
المحكمة المدنية على أساس المسؤولية العقدية أو أى نوع آخر من أنواع
المسؤولية المفترضة ، فإن قاعدة *Una electa via non datur recursus ad alteram*
والادعاء مدنيا أمام المحاكم الجنائية بناء على الخطأ الشخصى الثابت ،
لأن هذه القاعدة لا تنطبق الا اذا كانت الدعوى المرفوعة الى المحاكم
المدنية مبنية على هذا الخطأ ذاته •

وقد هالت هذه النتائج كثرة الشراح وبخاصة لأنها تهدم فى دعاوى
المسؤولية حجية الأمر المقضى وتسمح بتجدد المنازعات فيها الى أبعد
حد ، فمدفعتهم الى نقد النظرية من أساسها والى البحث فى تعيين ما يعتبر
سببا فى دعوى المسؤولية ، وخلصوا من ذلك الى أن السبب هو الفعل
الضار ذاته أيا كان التكيف القانونى لهذا الفعل أو النص الذى بنى عليه
المدعى دعواه ، وقالوا ان حق المصاب فى التعويض ينشأ من الفعل

الضار ، فيكفى أن يبنى المدعى دعواه على هذا الفعل ويتعين على المحكمة أن تكييف هذا الفعل وأن تعين النص القانوني الذي ينطبق عليه ولو كان المدعى لم يعينه أو أخطأ في تعيينه . وبناء على ذلك يكون للمحكمة أن تغير الأساس القانوني الذي بنى عليه المدعى دعواه دون أن يعتبر ذلك تغييرا لسبب المسؤولية أو فصلا في دعوى مغايرة للدعوى التي رفعها المدعى ، بل أن ذلك يعتبر واجبا على المحكمة لأنها هي المكلفة بتطبيق القانون على الوقائع ، فإذا لم تفعل كان حكمها قابلا للطعن فيه للخطأ في تطبيق القانون . أما أن فعلت ، كان حكمها صحيحا وحاز حجية الأمر المقضى ولم يجز للمدعى بعد ذلك أن يرفع عن ذلك الفعل الضار دعوى جديدة على أساس نص آخر أو تكييف آخر غير النص أو التكييف اللذين أخذت بهما المحكمة في المرة الأولى (أنظر في هذا المعنى بحثنا في تكييف الفعل الضار في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٨٥ وما بعدها . والمراجع العديدة المشار إليها فيه) (*) .

غير أن هذا الرأي مع وجاهته يرد عليه تحفظ لهما يتعلق بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، فإن هذه المسؤولية ليس سببها فعل التابع فحسب ، بل خضوع التابع لرقابة المتبوع ونص القانون على اعتبار ذلك سببا لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، فيمكن القول أن دعوى المسؤولية التي ترفع على أساس الفعل الضار وحده تختلف في سببها عن الدعوى التي ترفع على المتبوع تأسيسا على ما له من سلطة الرقابة على تابعه (١٣٣ مكرر) .

ويلاحظ أن هذه الصورة هي التي كانت معروضة على المحكمة في الحكم محل هذا التعليق ، والتي قررت في شأنها أنه « متى رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة على أساس مساعلة من رفعت عليه الدعوى عن فعله الشخصي ، فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساعلته عن فعل تابعه ، وإن فعلت كان حكمها مخالفا للقانون

(*) منشور فيها تقوم في ص ٩٠ وما بعدها .

(١٣٢ مكرر) راجع ما تقدم في ص ١٣٧ و ص ١٤١ هـ بـ ٩٨ .

متعينا نقضه والحكم برفض الدعوى كما كانت موجهة الى الطاعن عن فعله الشخصى والمدعون بالحق المدنى وشأنهم فى رفع دعوى بطلباتهم الجديدة أمام المحكمة المدنية » .

وظاهر أن هذا الحكم يستقيم مع قضاء المحاكم الذى قام على نظرية تعدد السبب فى دعاوى المسؤولية ، كما يستقيم مع رأى الفقه الذى يأخذ بنظرية وحدة السبب فى دعاوى المسؤولية ويستثنى منها مسؤولية المتبوع فيعتبر لها سببا خاصا غير الفعل الضار الذى يعتبر سببا لجميع انواع المسؤولية الأخرى (*) .

— ٦ —

تطبيق على حكم نقض جنائى بشأن اختصاص المحكمة الجنائية بدعوى التعويض عن الاخلال بالعقد (* *) :

المبدأ القانونى — ان المحكمة الجنائية لا تختص بالحكم فى التعويضات المدنية الا اذا كانت ناشئة عن الفعل الخاطيء المرفوعة به الدعوى باعتباره مكونا لجريمة . واذن فاذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد برأت المتهم من التهمة المسندة اليه والتي رفعت الدعوى المدنية بالتبعية لها ، ورفضت الدعوى المدنية على أساس أن الموضوع لا جريمة فيه ، ثم جاءت محكمة الدرجة الثانية فحكمت على هذا المتهم بالتعويض على أساس الاخلال بالتعاقد الذى قالت بحصوله فانها تكون قد قضت

(*) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى أصول الاثبات واجراءاته ط ٤ ج ٢ سنة ١٩٨٦ ص ٢٤٨ وما بعدها ، وما تقدم فى ص ١٣٧ و ص ١٤١ هامش ٩٨ .
(* *) نقض جنائى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١٠١ سنة ٢٠ ق منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ص ١٩٢ من قسم القضاء الذى يلى قسم قضاء النقض (الدائرة الجنائية) .

في أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية وحدها ولا شأن للمحاكم الجنائية به » .

تعليق : تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعية اشترت من المدعى عليها عقارا اتضح أنه موقوف لمرغت عليها جنحة مباشرة متهمه اياهما بالاحتيال عليها والاستيلاء على الثمن منها وطلبت الزامهما برد الثمن اليها مع التعويض . وقد برأت محكمة الجنح المتهمين استنادا الى أنهما لم يخدعا المشتري في حقيقة العقار المبيع ورغضت الدعوى المدنية باعتبار أن الموضوع نزاع لا جريمة فيه . فاستأنفت المشتري هذا الحكم طالبة الزام البائعين برد الثمن مع التعويض . وأجابت المحكمة الاستئنافية طلبها بناء على ما ثبت لديها من اشتغال ذمة البائعين بالثمن الذي قبضاه ومن تقصيرهما في وفاء ما تمهدا به من ابطال وقف العين المبيعة . فطعن أحد المدعى عليها في هذا الحكم بطريق النقض بمقولة ان الحكم قد ألزمه برد الثمن مع التعويض بناء على اشتغال ذمته بالثمن وعلى تقصيره في ابطال الوقف في حين أن الثابت من الأوراق أنه لم يكن طرفا في عقد البيع المذكور ولم يستلم شيئا من الثمن .

ولكن محكمة النقض لم تبحث هذا السبب الذي بنى عليه الطعن ، وأثارت من تلقاء نفسها سببا آخر نقضت من أجله الحكم المطعون فيه ، ذلك السبب هو عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالحكم في الطلبات على أساس المسؤولية العقدية : فقالت في ذلك ان المحكمة الجنائية لا تختص بالحكم في الدعوى المدنية الا اذا كانت ناشئة

أما من حيث المبدأ ، فإن المادتين ١٤٧ و ١٧٣ من قانون تحقيق الجنايات الأهمى قد جعلتا لمحاكم المخالفات ومحاكم الجنح عند القضاء بالبراءة اختصاصا جوازيا في الفصل في الدعوى المدنية ، أى أنهما جعلتا الحكم في طلب التعويض اختياريا للمحكمة ان شاعت أته ، وان شاعت تركته مع حفظ حق المجنى عليه في رفع دعواه الى المحكمة المدنية (القللى بك في شرح تحقيق الجنايات ص ١٣٤) .

ويعلل هذا الاختصاص برغبة المشرع في الافادة من التحقيقات الجنائية حتى في حال البراءة . أما انخوف من قيام الضرور بتصوير جرائم جنائية لا أساس لها تذرعا لجعل المحاكم الجنائية مختصة بدعواه المدنية ، فنتدرؤه سلطة هذه المحاكم في التخلي عن هذه الدعوى اذا رأت أن التهمة المرفوعة بها الدعوى ظاهرة البطالان (جندى بك عبد الملك ص ٦٧٤) .

ومن المسلم أن حكم البراءة في جرائم العمد لا يمنع المحاكم المدنية من الحكم بالتعويض عند ثبوت خطأ غير عمدى . واذا كانت المحاكم قد خالفت الفقه فيما يتعلق بجرائم الاهمال فجرت على أن الحكم بالبراءة في هذه الجرائم لا محل معه للحكم بالتعويض الذى يبنى على أساس الخطأ. الثابت ، فانها قد سلمت بأنه لا يمنع من الحكم بالتعويض على أساس الخطأ المفترض أو على أساس المسؤولية العقدية (أنظر نقض جنائى ٢٣ أبريل ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٢٦٣ — ١٤٣ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤ ، مدنى ٣١ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ٨١ — ٣٧ ، والأحكام الأخرى المشار اليها في كتابنا أصول الاثبات في المواد المدنية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ٣٣٠ هامش ٢) (*) .

ومادام المشرع قد جعل للمحاكم الجنائية — حتى في حالة الحكم بالبراءة — اختصاصا في الفصل في تعويض الضرر الناشئ عن الفعل الذى رغعت به الدعوى الجنائية ، فان هذا الاختصاص يثبت لها أيا كان التكييف القانونى لهذا الفعل الذى يعتبر السبب في دعوى المسؤولية ، ولا يجوز أن يؤثر في هذا الاختصاص وصف المسؤولية الناشئة عن هذا الفعل بأنها مسئولية تقصيرية أو عقدية أو بأنها مبنية على الخطأ الثابت أو على الخطأ المفترض (في هذا المعنى هنرى وليون مازو نبذة ١٨٥٧ ونبذة ٢٠٣١ ، وهنرى مازو في المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩

(*) انظر فيما استجد بعد ذلك مؤلفنا في أصول الاثبات وأجراءات الطبعة الرابعة ج ٢ سنة ١٩٨٦ نبذة ٣٢٠ ص ٢٨٨ وما بعدها .

ص ٦٦٤ نبذة ١٥٧ ، وبحثنا في تكييف الفعل الضار ، مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢٤٣ المنشور فيما تقدم في ص ٩٠ وما بعدها .

غير أن القانون لا يلزم محكمة الجنح بذلك ، بل يترك لها التقدير ، فإذا هي رأت أن تفصل في التعويض عن الفعل الذي رفعت به الدعوى الجنائية أيا كان تكييفها لهذا الفعل ، فلا تعتبر في رأي مجاوزة في ذلك حدود اختصاصها ، ولم يكن حكمها يستوجب النقض لعدم الاختصاص .

وبالتالي كان يجدر بمحكمة النقض ألا تثير هذا السبب من أسباب النقض من تلقاء نفسها ، وكان يتعين عليها أن تنتظر في السبب الذي تمسك به الطاعن وهو مخالفة الحكم فيه لقواعد الإثبات وللثابت من أوراق الدعوى .

- ٧ -

تعليق على حكم استئناف مصر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٣٨ بشأن الترتيب الواجب اتباعه في اثبات كل من ركني الخطأ والضرر (*) :

أي ترتيب يجب مراعاته في اثبات كل من الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية ؟

أركان المسؤولية التقصيرية الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ويقع على المدعي بالمسؤولية عبء اثبات هذه الأركان الثلاثة طبقاً للقواعد العامة . والغالب أن يقيم المدعي الدليل على توافر هذه الأركان الثلاثة دفعة واحدة ، أو أن لا تكون هناك على الأقل مصلحة ظاهرة في تحميم ترتيب معين يجب مراعاته في اثبات هذه الأركان الثلاثة

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مايو ١٩٤٣ .

على التعاقب • ولكن من الممكن تصور وجود مثل هذه المصلحة ، كما في
المثل الآتي :

وقع لسائق سيارة خصوصية حادث تصادم أودى بحياته ، فطالب
والد هذا السائق مالك السيارة بالتعويض ، وبني طلبه على أن السيارة
التي كان يقودها ولده كان بها خلل في عجلة القيادة وفي الفرامل وكان
هذا الخلل سببا في عدم تمكن ولده من ضبط قيادتها وتوجيهها حيث
يريد ، وطلب من المحكمة أن تحيل الدعوى الى التحقيق وترخص له
بإثبات وجود العيب سالف الذكر وقت حصول الحادثة التي سببت وفاة
ولده ، وأجابت المحكمة الى طلبه بحكم تمهيدى •

استأنف المدعى عليه هذا الحكم التمهيدى ومن بين الأسباب التي
بنى عليها هذا الاستئناف أن المدعى لم يثبت أن وفاة ولده ألحقت به
ضررا ماديا أو معنويا مما يصح أن يكون أساسا للتضمنات القانونية ،
فلم يكن يجوز للمحكمة أن تحيل الدعوى الى التحقيق لتمكين المدعى من
إثبات الخطأ ، مادام ركن الضرر لم يقم عليه دليل بعد • فنظرية المستأنف
في ذلك أن الإثبات يجب أن يبدأ بركن الضرر أولا ، ونظرية الحكم
التمهيدى والمستأنف عليه أن الإثبات يجب أن على الأقل يجوز أن يبدأ
بركن الخطأ •

وقد فصلت محكمة استئناف مصر في هذا الخلاف بتاريخ ٢٢
ديسمبر ١٩٣٨ (المحاماة ٢٠ - ٤٥٥ - ١٦٩) بأن قررت أن البحث في
الضرر الناشئ عن الخطأ لا يكون الا بعد اثبات الخطأ نفسه أو بعد
التسليم به ممن نسب اليه ، وقضت برفض الاستئناف وتأيد الحكم
الابتدائي بعد أن ثبت لديها أن المستأنف نفسه لا ينزاع في أن التحقيق
هو طريق الإثبات الوحيد لما يدعيه المستأنف عليه •

ونحن لا يسعنا الا أن نخالف محكمة الاستئناف شيما ذهب اليه
من وجوب البدء بإثبات ركن الخطأ قبل ركن الضرر ذلك أن دعوى

المسئولية المدنية ان هي الا دعوى مطالبة بتعويض عن ضرر ، فأول ما يكلف رافعها اثباته انما هو الضرر الذي يشكو منه والذي يطلب تعويضه لأنه ما لم يثبت الضرر لا يكون له مصلحة في رفع الدعوى ولا في طلب الاحالة على التحقيق ولو لتمكينه من اثبات ركن الخطأ . ونعتقد أن المستأنف قد أصاب حين بنى استئنافه على ذلك وأن المحكمة قد جانبت الصواب فيما قررته .

على أنه يجب علينا المبادرة الى التنويه بأن بقية أسباب الحكم لم تخل مما يبرر من الناحية الموضوعية على الأقل بغض الاستئناف وتأييد الحكم التمهيدى .

ذلك أن المحكمة بعد أن قررت المبدأ الذى انتقدناه تشككت في صحته أو على الأقل في كفايته فقالت « وحيث أنه فضلا عن ذلك ، فإنه مما لا يقبل عقلا أن وفاة ولد في ريعان الشباب لا تحدث ضررا ماديا ولا معنويا لوالده الشيخ الغانى » . وظاهر أنها بهذه الحيثية استعانت بالقرائن القضائية لاعتبار ركن الضرر ثابتا ولتبرير الاحالة على التحقيق لاثبات ركن الخطأ ويخيل لنا أنه لولا ذلك ما استراحت الى بغض الاستئناف وتأييد الحكم التمهيدى (*) .

— ٨ —

عدم مسئولية الموكل عن تجاوز الوكيل حدود توكيله (*) (*) —
من المبادئ المسلم بها أن النائب اذا جاوز حدود نيابته فقد صفة

(*) يراجع في ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه في المسئولية المدنية
س ١٩٥٣ و س ١٩٥٤ نبذة ٥٥ ص ٩٣ ، ومؤلفنا في اسئولية (المدنية) في
تقنيات البلاد العربية سنة ١٩٧١ نبذة ٦٢ ص ١٢٨ و ص ١٣٠ والاحكام
المشار اليها في هذا المرجع الاخر ص ١٢٨ هامش ١ .
(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة لبرابر
١٩٣٧ ، ص ٣٤٧ .

النيابة ، فلا ينتج العمل الذى قام به أثره القانونى بالنسبة للأصيل ، بل يعتبر هذا أجنبيا عنه (السنهورى بك فى نظرية العقد ص ٢١٦ نبذة ٢٠٨) ، وأنه اذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد بتوكيل واحد ولم يصرح لأحدهم بانفراده فى العمل فلا يجوز له ذلك (المادة ٥١٩/٢٣٥ مدنى) الا اذا كان ما يريد الوكيل مباشرته مما لا يحتاج فيه الى رأى كإيفاء الدين ، أو كان مما لا يمكن اجتماع الوكلاء عليه كالخصومة (محمد كامل مرسى بك فى العقود المدنية الصغيرة ص ٣٠٣ نبذة ٤٦٩) ، وبالأولى لا يجوز الانفراد لأحد من الوكلاء اذا حظر عليهم ذلك بنص صريح فى سند الاغابة .

وبناء على ذلك حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٤ مايو ١٩٣٦ بأنه اذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراسا على أعيان وقف قد حظر فيها عليهم أن ينفرد أحدهم بأى عمل والا كان باطلا ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فان عقد الايجار فى هذه الحالة لا يلزم الوقف ، ولو كان المستأجر حسن النية ، لأن النائب خرج بهذا التعاقد عن حدود نيابته ، ولأنه كان يجب على من تعاقد معه أن يتحرى صفة نيابته وحدودها فاذا قصر فعليه تبعة تقصيره (المحاماة ١٧ - ١٧٠ - ٨٠) .

ولا غبار على حكم النقض فيما قضى به ، غير أننا نلاحظ أنه اذا كان الحارس المنفرد بالايجار قد جرى على مثل ذلك مدة طويلة فى عقود متعددة ، ونفذت تلك العقود بغير أن يطعن فيها أحد ، فان المستأجر حسن النية يلتمس له العذر اذا لم يتحرى صفة النائب وحدود نيابته ، فيسرى العقد على الأصيل ، لأنه هو المقصر فى عدم معارضته فى انفراد هذا الحارس بالعمل فى بادئ الأمر ، وقد حكمت المحاكم الفرنسية بمثل ذلك (أنظر السنهورى بك فى نظرية العقد ص ٢١٦ نبذة ٢٠٨ هامش ٢) . واذا كان العقد غير ملزم للأصيل ، فانه كذلك لا يلزم النائب (الا اذا كان القانون ينص على ذلك كما هو شأن المادة ١٧٩ من

القانون المدني الألماني) • ولكن النائب يجوز أن يسأل عن نتيجة عمله مسئولية تقصيرية ، وفي هذه الحالة قد تتناول المسئولية موكله أيضا ، اذا توافق بينه وبين نائبه علاقة السيد بتابعه (السهوري بك في نظرية العقد ص ٢٢٦ نبذة ٢١٩) ، ويجوز حينئذ للأصيل أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بما يجوز للنائب دفعها به عن نفسه (سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية الذاتية ص ١٢٢) • فإذا كان المستأجر قد قصر في تحري صفة نيابة الحارس المؤجر وحدودها ، أمكن هذا أن يتمسك بتقصير المستأجر في ذلك ، فتوزع المسئولية بينهما وفقا لقواعد الخطأ المشترك ، ويستفيد الأصيل من ذلك أنه لا يسأل الا بمقدار نصيب النائب في المسئولية المشتركة •

ولكن أيمن القول بأن الحارس يعتبر تابعا لجهة الوقف أو ناظرية أو دائنيته لا شك في عدم امكان ذلك ، وفي أن حكم النقض لا غبار عليه فيما قضى به من جميع الوجوه • غير أنه يجب التحرز من تعميم المبدأ الذي قرره لأنه لا ينطبق على كثير من الحالات كما رأينا ، اذ يصح في بعض الأحوال أن يكون العقد ملزما للأصيل ، ويجوز في البعض الآخر أن يسأل الأصيل عن عمل وكيله المنفرد مسئولية تقصيرية •

— ٩ —

مسئولية مصلحة الآثار عن عدم تجديد رخصة الاتجار
بالعاديات وما ترتب على ذلك من النتائج المرتبطة بعضها ببعض (*) —
اذا حدثت عدة نتائج ضارة متسلسلة فيما بينها ، وانحصر السبب في خطأ واحد ، فان رابطة السببية التي تقوم عليها المسئولية لا تعتبر متوافرة الا بالنسبة الى النتائج المباشرة لذلك الخطأ دون غيرها (المادة ١٢١/١٧٩/١١٥١ مدني) ، على أنه ليس من السهل تعيين النتائج

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٢٤٩ •

المباشرة والتفرقة بينها وبين غيرها (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٥) .

وقد ضرب بوتيه للنتائج غير المباشرة مثل بيع بقرة مصابة بالطاعون تنقل العدوى الى قطيع من اشترائها ، فتسبب موت القطيع وبيوار الأرض وعدة خسائر أخرى قد نشأ بعضها عن بعض ، حتى تنتهي بافلاس ذلك المشتري (بوتيه الالتزامات طبعه Bugnet ج ٢ نبذة ١٦٦) .

وبالعكس من ذلك الوقائع التي عرضت أخيراً على محكمة النقض المصرية في القضية الآتية :

كانت مصلحة الآثار قد سحبت رخصة أحد تجار العاديات ورغضت تجديدها ، ثم اتهمته بالاتجار بغير رخصة ، فترتب على ذلك تحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله وتفتيشه ، وإزالة اللوحة المعلقة على متجره ، وحرمانه من الطمأنينة في الاتجار ، وخسارته مبالغ جسيمة لهذا السبب ، فطالب المصلحة بالتعويض عن كل ذلك ، فردت المصلحة الدعوى بأن رخصة الاتجار في العاديات موقوتة الأجل ، بحيث إذا انتهى أمدها يكون للمصلحة خيار تجديدها وعدم تجديدها ، فلا خطأ عليها في استعمال حقها في عدم التجديد ، أما ما كان من تحرير محضر مخالفة ضد التاجر وتفتيشه ومحاكمته ، فقد دفعت المصلحة مسؤوليتها عنه بأن مفتشها كان يقوم عند تحرير المحضر والتفتيش بعمل من أعمال الضبطية القضائية .

وقد حكمت محكمة النقض ببراءة التاجر من المخالفة ، بناء على أن مصلحة الآثار قد أخطأت في تفهم القانون ، فليس لها أن تسحب منه هذه الرخصة ، لأن رخصة الاتجار يجب أن تكون مطلقة من كل قيد زمني ، فإذا أعطيت إليه موقوتة ، وجب أن يعتبر المرخص له أن هذا القيد معدوم (راجع المادة ١٣ من المرسوم رقم ١٤ سنة ١٩١٢) ،

وقضت محكمة الاستئناف في الدعوى المدنية ، بمسئولية مصلحة الآثار عما وقع منها من خطأ في سحب الرخصة وعن كل ما ترتب على ذلك من النتائج السابق الاشارة اليها ، لاتصالها بعضها ببعض اتصال الأسباب بالمسببات (أنظر أيضا عياش ج ١ نبذة ١٦٣٧ ، ومؤلفنا في المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الأول سنة ١٩٧١ ص ٤٧٤ وما بعدها ، استئناف مصر ١٢ مايو ١٩٣٥ المحاماة ١٦ - ٢٩٣ - ١٢٣) وقد أيدت محكمة النقض في ٩ أبريل ١٩٣٦ حكم الاستئناف « لأنه لم يحمل مصلحة الآثار الا مسئولية خطئها في سحب الرخصة من المطعون ضده ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجرا في المعاديات بغير رخصة ، الى غير ذلك مما سبق ايراده ، ومما سلب المطعون ضده طمأنينته في الاتجار ، سواء أكان في بيع ما عنده أو شراء ما عند الغير ، ولا شيء فيما فعلته المحكمة من ذلك مخالف للقانون » (القانون والاقتصاد ٦ ملحق ٦ ص ١٧٦ المحاماة ١٧ - ٧٤ - ٤٠) .

وهذا مثال بارز لتوافر علاقة السببية مع تعدد حلقاتها ، ولاعتبار النتائج مباشرة مع كثرة تسلسلها .

مسئولية مصلحة السكك الحديدية من حوادث المجازات السطحية (المزلقات) (*) - تعددت في السنين الأخيرة الأحكام الصادرة بشأن حوادث المجازات السطحية وتباينت ، وقد صدر أخيرا حكمان متعارضان أحدهما من محكمة استئناف مصر الوطنية بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٣٧ ، والآخر من محكمة الاسكندرية المختلطة بتاريخ ١٤ يناير ١٩٣٦ .

أما حكم الاستئناف الوطني فقد قرر أن المصلحة ليست ملزمة بحراسة الممرات ليل نهر ، وأن قيامها بحراسة بعضها في أوقات معينة

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة نوفمبر ١٩٣٧ ، ص ١٠٣٧ . وأنظر أيضا ما سيجيء في ص ١٨١ وما بعدها .

لدرء ما يحتمل وقوعه من الأخطار على عديمي الاحتياط والحذر ممن يقصدون عبور السكك الحديدية لا يلزمها بالحراسة في غير تلك الأوقات، اذ أنه يتعين على كل انسان أن يتخذ الحيطة والحذر لنفسه قبل اجتياز المزلقانات وأن يتمتع عن اجتياز السكك الحديدية المعدة بطبيعتها لسير القطارات عند اقترابها من الممرات بغير لزوم الى تنبيهه الى ذلك (استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ١١٨٠ — ٥٩٠) •

وليس هذا الحكم فريدا في نوعه ، فقد سبقته في تقرير هذا المبدأ أحكام أهلية ومختلطة (استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣٠ المجموعة ٣٢ — ٢٥ — ١٢ المحاماة ١١ — ٥٩ — ٣٣ ، استئناف مختلط ٨ يونيو ١٩٣٣ (حكمن) الغازيت ٢٥ — ١٣ — ١٦ ، ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ الغازيت ٢٥ — ١٤ — ١٧ ، ١٩ أبريل ١٩٣٤ الغازيت ٢٥ — ١٥ — ١٨) • ويؤخذ على هذه الأحكام جميعا أنها تنفى عن مصلحة السكك الحديدية أبسط الواجبات الأولية المجمع عليها من المحاكم والشراح والتي توجب على كل من يستعمل شيئا ما أن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة التي تحول دون حدوث ضرر للغير من ذلك الشيء (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٥٥ وباللغة الفرنسية ٤٨) •

صحيح انه غير معقول أن تكلف مصلحة السكك الحديدية خفارة كل شبر من الطرق التي تمر بها قطاراتها ، ولكن هذا ليس معناه اعفاء المصلحة من واجب خفارة تلك الطرق جميعا حتى في المراكز التي يكثر فيها تعريض الناس للمفاطر ، وانما يجب الاعتراف بأن المصلحة مكلفة بسبب استغلالها للطرق الحديدية وما ينجم عن ذلك من تعريض الناس للخطر أن تتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية الجمهور في المراكز التي يكثر فيها تعريضه للخطر • والحقيقة كما يقول الدكتور بهجت بدوى ان واجب المصلحة في خفارة المجازات مسألة موضوعية ، لا يمكن البت فيها بصورة واحدة ايجابية أو سلبية ، بل يجب تركها لتقدير محكمة الموضوع ، فهي التي تقدر واجب المصلحة في خفارة مجاز معين أو تركه ،

وهى فى تقديرها تراعى موقع هذا المجاز وحركة المرور عليه باعتبار الزمان والمكان ، وهى وحدها التى تقدر ان كان من الواجب اغلاق المجاز عند اقتراب القطارات أو الاكتفاء بخفارته ، أو مجرد وضع علامة لتنبية السيارات وانارته ليلا ، ولا يمكن التسليم بأن المصلحة هى وحدها صاحبة الشأن فى تقدير ذلك ، لأن نظاما الموضوع ، وهو نظام استغلال ، لا يصح أن يعفيها من واجباتها القانونية التى تقدرها المحكمة ، وشأنها فى ذلك شأن الشركات الخاصة (مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٢ - ١٥٢) .

وقد شعرت محاكمنا المصرية مختلطة وأهلية أحيانا بأن اعفاء مصلحة السكك الحديدية بصفة عامة من واجب خفارة مجازاتها لا يتفق مع أبسط مبادئ العدالة ، فذهبت فى بعض أحكامها الى حد اغتراض وجود قرينة قانونية على خطأ المصلحة ، وكفت نفسها مؤونة المناقشة فى وجود ذلك الواجب القانونى أو عدم وجوده (أنظر استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٢٥ الغازيت ١٠ - ١٨١ ، ٥ فبراير ١٩٣١ (٤٣ ص ٣٠٥) ، استئناف مصر ٢٤ يونيه ١٩٣٣ المجموعة ٣٤ - ٤٩٤ - ٢٤٠) . غير أننا نشك فى صحة هذا الحل من الوجهة القانونية لعدم وجود نص يساعد عليه ، ونرى أنه أيسر على المحكمة أن تقر وجود واجب قانونى بخفارة المجازات ، من أن تفرض انشاء قرينة قانونية ، لأن تقدير الواجبات القانونية متروك أمره للمحكمة ، بينما انشاء القرائن القانونية لا يكون بغير نص (١) .

أما حكم محكمة الاسكندرية المختلطة الذى أشرنا اليه فى بدء هذه التعليقات فقد اتبع المبادئ الصحيحة وتحاشى أوجه النقد التى أسلفناها ، فقد قرر فى حيثياته :

« انه يجب التسليم منذ الآن بأن القاعدة التى من مقتضاها ألا تسأل مصلحة السكك الحديدية عن الحوادث التى تقع بسبب عدم خفارة

(١) انظر بآ تقدير فى ص ٢٨ وما بعدها عن معيار التقدير الكمى للواجبات القانونية .

المجازات ليلا أصبحت مبالغا فيها trop générale • وانه اذا كان من المسلم به قضاء أن القانون لا يوجب على مصلحة سكك الحديد حراسة مجازاتها حراسة دائمة ليل نهار ، فان ذلك لا يترتب عليه وجوب اعفاء المصلحة من كل مسئولية ومهما كان مكان وقوع الحادث ، وانه اذا كان من المعقول لاعتبارات مالية عدم التزام المصلحة بخفارة سككها الحديدية على طول الطريق من ساحل البحر الأبيض الى أقصى السودان حتى في المواضع التي ينذر اجتياز الناس اياها ، فانه من جهة أخرى يجب ألا تكون المصلحة مطلقة الحرية في تقدير الاحتياطات اللازمة لحماية أرواح الجمهور في ضاحية من ضواحي مدينة كالاسكندرية » •

وتطرقت المحكمة من ذلك الى فحص ظروف الزمان والمكان التي وقعت فيها الحادثة موضوع القضية ، وكانت نتيجة بحثها أن قررت أنه كان يجب على المصلحة خفارة ذلك المجاز خفارة دائمة (اسكندرية المختلطة ١٤ يناير ١٩٣٦ الغازيت ٢٧ - ٧ - ٣) •

وقد سبق أن طبقت المحاكم المختلطة هذه المبادئ نفسها ، فأعفت المصلحة من مسئوليتها عن عدم خفارة أحد المجازات ليلا بعد أن ثبت لها قلة حركة المرور في ذلك المجاز (استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٩٣٥ الغازيت ٢٧ - ٨ - ٤) ، وجعلتها مسئولة في ظروف أخرى كانت تقتضي عليها باتخاذ احتياطات معينة (استئناف مختلط ٢ أبريل ١٩٣٦ الغازيت ٢٧ - ٨ - ٥) ، وكذلك طبقتها محكمة الاستئناف الأهلية في القضية رقم ٦٢٩ سنة ٣٧ ق حيث قررت أنه مع عدم انتقاد عمل وزارة المواصلات الإداري وتعميدها النقط التي وضعت فيها المزلقانات فانه يجب على المحاكم عند وقوع حادثة ينشأ عنها ضرر للأفراد أن تبحث في ظروف الدعوى وتقرر ما اذا كان من الواجب على مصلحة السكك الحديدية أن تتخذ من الطرق والاحتياطات ما هو أكثر نفعاً وضماناً من التي اتخذتها ، فاذا ثبت أن هناك طريقاً قاطعاً للسكة الحديدية يصل بلدين وليس به مزلقان بينما توجد مزلقانات في جهتين أخريين دون الأولى في الأهمية ، عد ذلك تقصيراً من مصلحة السكة الحديدية موجبا للمسئولية (المحاماة

١ — ٤٥٨ — ٨٨) • أما حكم محكمة الاسكندرية المختلطة سالف الذكر
فيمتاز فضلا عن تطبيقه تلك المبادئ الصحيحة بتقريرها في صراحة
تامة •

**مسئولية السكك الحديدية عن حراسة مزلقاناتها ، وتقدير
الواجب الذى يعتبر الاخلال به خطأ يستوجب المسؤولية (*) :**

أساس المسؤولية الخطأ ، وهو اخلال بواجب سابق ، والواجبات
التي يعد الاخلال بها خطأ اما أن يعينها القانون بنصوص خاصة توجب
أمورا معينة تعيينا دقيقا كالواجبات المحددة التي تفرضها لوائح المرور
على قائدى السيارات ، واما أن يكتفى في تعيينها بتقرير مبدأ عام يترك
للقاضى تطبيقه لتعيين الواجبات في كل حالة على حدة حسب مقتضيات
الظروف كالمبدأ الذى يوجب في استعمال الرخص القانونية اتخاذ الحيطة
اللازمة لتحمى الأضرار بالغير •

وفي هذه الأحوال الأخيرة يكون تعيين الواجب ومداه متروكا
لاجتهاد الشخص وضميره ، ولكن هذا التقدير الشخصى يخضع لرقابة
القاضى ، فيترك مثلا لمصلحة السكك الحديدية أن تعين هى ما يجب عليها
حراسته من مزلقاناتها وطريقة هذه الحراسة ومداه ، أيلزم فيها استعمال
البوابات والحواجز أم يكفى إقامة حراس بجوانبها ؟ وفي هذه الحالة
الأخيرة أتجب الحراسة ليلا ونهارا أم يكتفى بالحراسة نهارا ؟ فإذا
وقع حادث بسبب عدم حراسة أحد المزلقانات ليلا وادعى المصاب أن
الشركة أو المصلحة مقصرة في ذلك ، كان للقاضى أن يبحث في ضوء موقع
هذا المزلقان وجميع الظروف الأخرى ما إذا كان مثل هذا المزلقان تجب
حراسته ليلا أو لا تجب ، وكان لزاما عليه أن يلجأ في تقدير هذا الواجب
وتعيين حدوده الى تصور ما كان ينتظر أن يقوم به شخص يقظ نزيه لو

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة التاسعة عشرة
مارس ويونيه ١٩٤٩ . وانظر أيضا ما تقدم في ص ١٧٧ وما بعدها •

وجد في مثل ظروف الشركة أو المصلحة المدعى عليها بالمسئولية (*).

فالأصل إذن أن تقدير واجبات الشخص متروك له تحت رقابة القاضى ، وأن المقصود بهذه الرقابة ضمان حد أدنى يلتزمه الشخص أو يلزم به في تقدير واجباته . أما إذا أخذ الشخص نفسه بقدر من الحيطة يجاوز الحد الأدنى ، فقد التزم بهذا القدر وأصبح واجبا عليه يعمد الاخلال به خطأ يستوجب المسئولية .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض في ١٠ نوفمبر ١٩٤٧ بأنه إذا صح أن مصلحة السكك الحديدية — في الأصل — غير مكلفة بأن تقيم حراسا على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، الا أنها إذا أقامت حراسا بالفعل عهدت اليهم ائقافالها كلما كان هناك خطر على المارة من اجتيازها وفتحتها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهودا للناس ، فقد حق لهم أن يقولوا على ما أوجبتة على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا ايذانا بالمرور وبعدم وجود الخطر ، فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحا حيث كان ينبغى أن يقفله وجب اعتباره متخليا عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا اهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ ع ، وتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ مدنى (الحاماة ٢٨ — ٩٠٥ — ٣١٩ ، مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ — ٣٠٢ — ١٠١) .

ويلاحظ أن المحكمة لم تأخذ مصلحة السكك الحديدية بما أوجبتة على نفسها — مع افتراض مجاوزته الحد الأدنى الذى يخضع لرقابة القاضى — الا بعد أن أثبتت أن الاحتياط الذى جرت عليه المصلحة أصبح معهودا للناس وحق لهم أن يقولوا عليه ، وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحا

(*) راجع سليمان مرقس ، مذكرات في الفعل الضار نبذة ٢٨ وما بعدها . وانظر ما تقدم في ص بشأن ضبط معيار الخطأ وبالتالي ضبط معيار التقدير الكمى للواجبات القانونية .

ايذانا بالمرور وبعدم وجود الخطر • وقد أصابت المحكمة في ذلك لأننا لو فرضنا أن المصلحة اتخذت قرارا بحراسة مزلقان معين ثم وقع الحادث قبل أن ينفذ قرار الحراسة أو يعلن أمره فإن المصلحة لا تكون مسئولة الا اذا كانت الحراسة واجبة عليها وفقا للحد الأدنى الذي يخضع تقديره لرقابة القاضي • أما اذا كان هذا الحد الأدنى لا يوجب عليها الحراسة ، فإن الحراسة لا تكون واجبة بمجرد تقريرها ، ولا بد في ذلك من أن يعلن أمرها للناس بحيث يحق لهم أن يعلموا عليها ، وبعبارة أخرى فإن عدم مراعاة الحد الأدنى من الواجبات يعتبر بذاته اخلالا بالثقة المشروعة ، لأن من حق كل شخص أن يعتمد على قيام الآخرين بالحد الأدنى من واجباتهم • أما ما يجاوز هذا الحد من واجبات فلا يعد واجبات قانونية ، ولا يعتبر الاخلال به خطأ يستوجب المسؤولية الا اذا أخذ الشخص نفسه به وأصبح ذلك معهودا للناس وحق لهم أن يعلموا عليه •

عدم المسؤولية في طلب تأجيل الدعوى مرات متعددة (*) :

توفى شخص ولم يترك ورثة ، فألقت تركته الى وزارة المالية (بيت المال) ثم رفع أحد دائئي المتوفى دعوى على الوزارة يطالبها بسداد دينه ، فأعلنت الوزارة الشك في صحة السند ووجود الدين ، وطلبت نذب خبير لفحص الامضاء ، وتأجلت قضية الدين ثمانى مرات ، ثم حكم للدائن • وقبل أن يعلن حكمه ، رفعت على الوزارة دعاوى بديون أخرى فترتب على تأخير الفصل في قضية الدائن الأول مزاحمة الدائنين الآخرين له في قيمة التركة ، فطالبا الدائن الأول الوزارة بتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب تأجيلها الدعوى مرات متعددة •

(*) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السنابعة ، ابريل ١٩٢٧ ص ٦٤٦ .

حكمت محكمة مصر الأهلية في ١٥ فبراير ١٩٣٦ بعدم مسؤولية الوزارة عن ذلك ، بعد أن استعرضت أركان المسؤولية واعتبرتها كما يلي : (١) فعل غير مشروع يحوى خطأ ، (٢) أن يكون هذا الخطأ صادرا عن ارادة كاملة وحرة ، (٣) أن ينشأ عن هذا الخطأ ضرر ، وبعد أن بحثت نظرية اساءة استعمال الحق ، الى أن قالت انه لا نزاع في أن للخصوم الحق في طلب تأجيل قضاياهم ، ويجيبهم القاضى الى ذلك اذا لم يكن هناك مانع ، وقد قرر المشرع بعض قواعد يسترشد بها القضاة في مسائل التأجيل ، فمادام أمر التأجيل بيد القاضى ، فلا يمكن التسليم بأن فعل التأجيل صدر بارادة حرة من الوزارة مادام للسلطة الشرعية المختصة حق مراقبة مثل هذا الطلب (المحاماة ١٦ — ٧٦٦ — ٣٥٠) .

والذى نلاحظه على هذا الحكم جعله سلطة المحكمة على تفسير الدعاوى مانعة من اساءة الخصوم لاستعمال حقهم في المرافعة ، ومن وقوع الخطأ منهم في استعمال ذلك الحق مادام الأمر في النهاية غير متروك لارادتهم الحرة . مع أنه من المسلم به أنه اذا باشر أحد الخصوم حقه في المرافعة ، لا لغرض سوى الاضرار بغيره ، عد متجاوزا لحقه ، ومرتكبا خطأ يقتضى مسؤوليته ، مهما بالغ في اخفاء نيته تحت ستار الاجراءات القانونية (راجع تعليقاتنا في هذه مجلة القانون والاقتصاد ٧ — ١ — ٣٥١) . وكانت المحكمة في غنى في هذه القضية عن البحث وراء الارادة الكاملة الحرة (ونحن نعتبر ذلك من أركان المسؤولية) للوصول الى الحكم بعدم مسؤولية الوزارة عن التأجيل الحاصل بناء على طلبها ، مادام قد ثبت لديها أنه كان لوزارة المالية مصلحة ظاهرة في طلب التأجيل . فقد لاحظت المحكمة في شأن ذلك أن مركز وزارة المالية في دعوى الدين هو مركز صاحب حق في تركة آلت اليها بعد وفاة مورث لا تدرى من أمره شيئا ، الا بعد تحريات ادارية ، تستدعى بلا شك وقتا غير عادى لجمع معلومات ، وبصفتها مسؤولة عن أموال التركة ، اذ لا تركة الا بعد وفاء الدين ، كان من الواجب عليها أن تتأكد من صحة سند الدين وصدوره عن المورث ،

فاذا ما أظهرت رغبتها في تأجيل الدعوى وأجابتها المحكمة بتأجيلات قصيرة بعضها أسبوع واحد لتتحرى وتتثبت من هذا الأمر الذى له تأثير فى استحقاقها التركة ، فلا يمكن أن يفسر استعمال هذا الحق ، وهو حق مشروع ، بأن فيه اغراطا أو خطأ أو اهمالا .

العدول عن الخطبة وما يترتب عليه من مسئولية (*) —

أصدرت محكمة النقض والابرار فى شأن مسئولية من يعدل عن الخطبة حكما بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ — ٧٦٠ — ٢٩٣ المجموعة ٤١ — ٢٦٣ — ١٠١ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٤٣ — ١٣ ، مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ، وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض ١١ — ٣٥٩ — ٥٥) ، قررت فيه حق كل من الخاطبين فى العدول عن الخطبة ، كما قررت أنه اذا لازمت العدول أفعال مستقلة عنه تعتبر أفعالا ضارة فان هذه الأفعال تستوجب مسئولية غاعلها .

وقد يظهر هذا الحكم بادىء الأمر طبيعيا الى حد أنه قد لا يلفت النظر اليه فى شيء . ولكن بالتأمل يرى أن المسألة التى فصل فيها مسألة دقيقة ، كثيرة الوقوع فى العمل ، وقد تعددت بشأنها المذاهب والآراء . وبيان المسألة أن الخطبة وعد متبادل بين شخصين بقصد عقد زواجهما فى المستقبل ، وهى من مقدمات الزواج ، يلجأ اليها المتواعدان عادة ليستند اليها كل منهما فى التعرف بالآخر ، أو فى انصراف كل منهما الى اعداد معدات الزواج . وكثيرا ما يعدل أحد الخاطبين عن الخطبة ، فيخيب بذلك أمل الخاطب الآخر ، وقد يلحق به ضررا أدبيا أو ماديا . أفلا يلزم فى هذه الحالة بتعويض الخاطب الآخر عن هذا الضرر ؟

ان صعوبة المسألة ناشئة من أن مبدأ المسئولية يصطدم فى هذا الموضوع بمبدأ آخر لا يقل عنه حرمة ، وهو مبدأ حرية الزواج . واذا

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مارس وأبريل ومايو ١٩٤٣ ص ٣٤٩ وما بعدها ، ويراجع فى ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية من ١٩٥٣ و س ١٩٥٤ نبذة ص ٩١ وما بعدها .

كان مبدأ المسؤولية يهم المجتمع من حيث انه يحقق العدالة فيه ، فان مبدأ حرية الزواج يهمه من حيث انه يحفظ كيان الأسرة وهي أس المجتمع .
فلذلك ولأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه تفوت هناة دهر وتجلب شقاء سنين ، عنى المشرعون والفقهاء بأن يكفلوا للطرفين في عقود الزواج كامل الحرية في ابرام العقد أو عدم ابرامه ، حتى لو سبقت العقد خطبة أو وعد بالزواج ، اذ أنه من المسلم به في جميع الشرائع أن الخطبة لا تلزم أحد الطرفين باتمام الزواج .

ولكن اذا كان من أخلف الوعد لا يمكن اجباره على اتمام الزواج ،
أغلا يمكن على الأقل الزامه بتعويض ما ألحقه بالطرف الآخر من ضرر
على اعتبار أن امتناعه عن الوفاء العيني ، مع تعذر اكراهه عليه ، يجعل
الالتزام يستحيل الى تعويض ؟

لقد ذهب الشرائع في ذلك مذهبين متعارضين ، فالمشرع الفرنسي ،
حرصا منه على مبدأ حرية الزواج ، لم يعترف للخطبة بصفة العقد
الملزم . وبناء على ذلك قررت المحاكم الفرنسية أن لكل من الخاطبين حرية
العدول دون مسؤولية الا حيث يقترن العدول بعمل ضار يستوجب
المسؤولية (بلانيول ج ١ بند ٧٨٨ ، أنظر عكس ذلك بونكاس في ملحق
بودرى ج ٤ ص ٧٧١ وبيرسون ودى غيليه بالنسبة للقانون البلجيكي ج ٢
ص ٥٨٥) ، وهو رأى مرجوح .

أما القانون الايطالي وبعض الشرائع الحديثة كالقانون الألماني
والقانون السويسري وما نحا نحوهما كالقانون الصيني والقانون التركي ،
فقد رأت أنه ينبغي اعمال ارادة الخاطبين في الوعد بالزواج ، وحاولت
أن توفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسؤولية التعاقدية ، بأن اعتبرت
الخطبة عقدا ملزما ، ولكن لا يترتب عليه اجبار أى من الطرفين على اتمام
الزواج ، وانما ينبئ عليه فقط الزام الممتنع عن اتمام الزواج بتعويض
الطرف الآخر ما لم يثبت أن امتناعه له مسوغ شرعى ، وليس ذلك الا
تطبيقا عاديا للقواعد العامة في المسؤولية التعاقدية (أنظر في ذلك رسالة

قيمة لزميلنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد في مدى استعمال حقوق
الزوجية ص ٥٣) •

ونظرا لخلو القانون المصرى من نص في هذه المسألة ، فقد تعددت
بشأنها الآراء ، بالرغم من انعقاد الاجماع على أن الخطبة تعتبر من
مقدمات الزواج ، وعلى خضوعها مثله لقانون الأحوال الشخصية •

الراى الأول :

فهناك رأى يقول ان الخطبة فى الشريعة الاسلامية عقد مستحب
تنشأ عنه ارتباطات وان العدول عنها حق مقيد استعماله بحكمة خاصة •
فاذا عدل أحد الخاطبين ، وكان عدوله مطابقا للحكمة التى من أجلها تقرر
حق العدول ، فلا مسئولية عليه فى ذلك ، والا فإنه يكون مسئولا مسئولية
تماقدية باعتباره قد أساء استعمال حق له مستمد من العقد • والقائل
بهذا الرأى زميلنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد (فى ص ٨٢ و ص
١١٧ من رسالته) ، وقد استشهد عليه بحكمين صادرين من محكمة
الاسكندرية الأهلية أحدهما بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٢٩ (المحاماة ١٠ —
٣٥٠ — ١٧٤) والثانى بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٩٣٠ (المجموعة ٣٣ —
٧٣ — ٣٠) • وفى هذا المعنى أيضا الاسكندرية الابتدائية الأهلية
١٩٤٨/١١/٢٩ المحاماة ٢٨ — ١٠٥٧ — ٤٣٥ •

ويلاحظ على هذا الرأى أولا انه يصطدم فى أساسه المستمد من
الشريعة الاسلامية مع نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية
لقدرى باشا التى لا تعتبر الخطبة عقدا ملزما ، بل تعترف للخطاب بجواز
العدول عن خطبها ، وللمخطوبة برد الخطاب الموعود بتزويجها منه ،
ولو بعد قبولها هدية الخطاب ودفعه المهر كله أو بعضه • ولم يكن هذا
النص ليغيب عن صاحب الرأى ، لذلك رأيناه يجهد نفسه كثيرا ليثبت أن
الخطبة فى الشريعة الاسلامية — خلافا لما قرره قدرى باشا فى مجموعته
— عقد منثىء لارتباطات (راجع رسالته من ص ٩٠ الى ص ١٠٢) ،

حتى يرتب على ذلك أن العدول عنها حق معين لا اباحة عامة ، فتكون لهذا الحق حدود ، ويجوز أن تقع في استعماله اساءة • غير أنه بالرغم من هذا المجهود الجبار لم يستطع الأستاذ السعيد مصطفى أن يقول لنا ما هي الارتباطات التي ينشئها عقد الخطبة في ذمة كل من الخاطبين ، ولم يبلغ حدا يجعل الرأي الذي استنبطه من الشريعة الاسلامية راجحا على ذلك الذي قرره قدرى باشا في مجموعته ، مما حمل أستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك ، بعد أن فحص رسالة المؤلف وأعجب بها أيما اعجاب ، على أن يسجل رأيه في هذا الموضوع في مقدمة تلك الرسالة وأن يقول عن صاحبها « انه حاول أن يصبغ الخطبة بصبغة العقد ، ولكن لم تسعده على ذلك النقول الفقهية كما يظهر ذلك لمن أنعم نظره في كل ما قاله • والذي أراه أنا في هذا الموضوع بايجاز هو أن الخطبة ارتباط أدبي حاظه الشارع الاسلامى بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا • والمسألة كلها مراعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير » (أنظر صفحة ز من المقدمة) •

ويلاحظ ثانيا أن السعيد بك كان يرمى من وراء هذا المجهود الذى بذله الى امكان القول بتطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية على الخاطب الذى عدل ، لا باعتبار أن مجرد العدول خطأ تعاقدى ، وانما باعتبار العدول في بعض الحالات اساءة لاستعمال حق الفسخ ، وهو يرى أن هذه الاساءة خطأ واقع في دائرة العقد ، فتطبق عليها قواعد المسؤولية التعاقدية (ص ٨٣) • في حين أن الثابت في الفقه والقضاء أن المسؤولية التى تترتب على اساءة استعمال الحق مسئولية تقصيرية حتى لو كان الحق الذى أسىء استعماله ناشئا من عقد (أنظر مازو نبذة ٥٥٩ وحكمى الاسكندرية الأهلية بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٢٩ و ١٤ نوفمبر ١٩٣٠ السابق الإشارة اليهما) • فمادام الأمر مصيره الى قواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا فائدة من محاولة اثبات أن الخطبة عقد يكون لكل من عاقديه حق العدول عنه •

الرأى الثانى :

والواقع أن المحاكم والشراح تكاد تجمع على عدم امكان مسالة
الخطاب مسئولية تعاقدية لجرد عدوله عن الخطبة . والكثرة الغالبة
تذهب الى أن الخطبة ليست عقدا ملزما على الاطلاق ، ومن هذه الكثرة
فريق يسرف فى تقديس مبدأ حرية الزواج فيضى من أجله بمبدأ
المسئولية ويقرر أن لكل من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة دون مسئولية
عليه فى ذلك مهما كانت الظروف والأحوال ، وذلك صونا لحرية العاقدین
عند ابرام الزواج عن أن يؤثر فيها شبح المسئولية (استئناف مصر ٥
يناير ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ ، ٢٣ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ — ٧٩٨ —
٤٨٨ المجموعة ٢٧ — ٦٨ — ٤٥ ، ٣٠ يونيو ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٦٢٦ —
٣١٣ ، ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ٨٥٥ — ٤٢٣) .

الرأى الثالث :

أما الفريق الآخر فيرى أن مبدأ حرية الزواج يقتضى حقيقة أن
لا تكون الخطبة عقدا ملزما وأن يجوز لأى من الخطيبين أن لا يتقيد بها .
ويرى فى الوقت ذاته أنه اذا سلك أحد الخطابين مسلكا يعتبر خطأ فى حق
الطرف الآخر ونشأ من ذلك ضرر فان مبدأ حرية الزواج لا يمكن أن
يعطل فى هذه الحالة تطبيق مبدأ المسئولية (استئناف أهلى ٢٩ مايو ١٩٠٦
المجموعة ٨ — ٧٧ — ٣٨ ، ٢٩ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٧٩٥ — ٤٨٧
المجموعة ٢٧ — ١٦١ — ١٠٣ ، الفيوم الجزئية ٣٠ نوفمبر ١٩٢٩ المحاماة
١١ — ١٨١ — ١١٠ ، عابدين الجزئية ٢٨ مارس ١٩٠٤ الاستقلال ٣
ص ١٢١ ، الزقازيق الابتدائية (حكم استئنافى) ٣ نوفمبر ١٩٢٤
المجموعة ٢٦ رقم ٧٥ ، استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢١١ ،
٢٣ فبراير ١٩٣٢ ب ٤٤ ص ١٩٦ ، ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ ب ٤٨ ص ٣٢ ،
٦ فبراير ١٩٣٦ ب ٤٨ ص ١١٢) .

وقد أيد الأستاذ السهنورى بك (فى نظرية العقد ص ٤٩٨ نبذة

(٤٨٠) والأستاذ مصطفى مرعى بك (فى المسئولية المدنية ص ١١٥ نبذة ١٢١) هذا رأى ، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية فى حكمها الذى أشرنا اليه . وعندى أن المحكمة أصابت فى اعتماد هذا رأى ، لأنه حل وسط يوفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسئولية عن الأضرار . وهو فوق ذلك لا يلقى المسئولية حتما على عاتق الخاطب الذى عدل لمجرد عدوله ، بل على عاتق الخاطب الذى سلك مسلكا خاطئا أضر بالطرف الآخر ولو لم يكن هو الذى عدل . وإذا كان المخطيء غير طرف فى الخطبة كوالد أحد الخاطبين مثلا ، فتقع المسئولية عليه هو دون الخاطبين (استئناف مختلط ٧ مايو ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢١١) . ولا يمكن أن يعترض على هذا رأى بأنه يجعل شبح المسئولية يهدد دائما حرية الخاطبين فى اتمام الزواج ، لأنه ليس على الخاطب الذى يريد العدول دون مسئولية إلا أن يسلك فى ذلك مسلكا بعيدا عن الخطأ . أما اذا أخطأ ، فلا يجوز له أن يفلت من المسئولية تذرعا بمبدأ حرية الزواج .

الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق (*) — قررت محكمة النقض بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٤٠ أن تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لا يخالف الشريعة ولا النظام العام ، وانما ينتفى الالتزام بالتعويض اذا كانت الزوجة هى التى دفعت الزوج بفعلها الى تطليقها (المحاماة ٢٠ — ١١٤٦ — ٤٨٣ المجموعة ٤١ — ٤٣٤ — ١٧١ ، مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ، وأنظر أيضا نقض ٢٢ فبراير ١٩٣٩ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٩٤ — ٣٤) . وقد أثار هذا الحكم فى أسبابه وفيما استعرضه من أسباب الحكم الابتدائى وحكم الاستئناف المطعون فيه بالنقض عدة مسائل تستحق التنويه بها ، وهى ترجع جميعا الى حق الطلاق وهل هو حق مطلق أو مقيد ، وما يتفرع على ذلك من المسئولية عن استعمال هذا الحق ، ومن جواز الاتفاق على التنازل عنه ، والاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق ، وهل يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا أو التزاما شرطيا ،

(*) منشور فى القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشرة عدد مارس وابريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٣٥٤ وما بعدها .

وما يترتب على هذا التكييف القانونى أو ذاك • وقد رأينا أن نعرض فى
إيجاز لهذه المسائل المختلفة على التوالى •

أ - هل حق الطلاق مطلق أو مقيد ، وهل يمكن أن تترتب على
استعماله مسئولية ما ؟ - كانت محكمة الاستئناف المختطة قد أجابت
عن هذا السؤال بأن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف
شاء ، فليس لمن تتزوج به وهى عالمة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بعد
وقوعه (استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٨٦ ، الغازيت
١٣ - ٥٥ - ٩٩) ، وكذلك فعلت محكمة استئناف مصر حيث قررت
بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٢٨ أن « حق الطلاق مخول فى الشريعة للزوج ولا
يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر
صداقها ونفقة عدتها ٥٠٠ » (المحاماة ٨ - ٤٩٧ - ٣٢٥) (*) •

وقد انتقد الدكتور السعيد مصطفى هذين الحكمين وأثبت أن إيقاع
الطلاق - عند فقهاء الشريعة الإسلامية - ليس حقا مطلقا وإنما هو
مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو اليه ، وألا يكون بحيث ينشأ عنه
ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية (السعيد مصطفى ص ٢٥١
ونظر فى هذا المعنى أيضا كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد
إبراهيم بك طبعة سنة ١٩٣٠ ص ٧٦ ، وكتاب الأستاذ الشيخ عبد
الوهاب خلاف بك طبعة سنة ١٩٣٨ ص ١٤٦) •

وكانت المحاكم الابتدائية ترى كذلك - على عكس رأى محكمة
الاستئناف - أن الطلاق لا يباح الا لحاجة ، وأن استعماله مقيد بتحقيق
تلك الحاجة اليه ، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب كان ذلك اساءة منه
لاستعمال حقه موجبة لمسئوليته (مصر ٢٠ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ -
١٠٧ - ٦٥ المحاماة ٦ - ٣٣٣ - ٢٥٥ ، شبين الكوم ١٠ ديسمبر ١٩٣٠

(*) وفى هذا المعنى أيضا استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣١ فى القضية
رقم ٢٠٨ مشار اليه فى هامش كتاب الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك
فى الأحوال الشخصية ص ١٤٧ •

المحامة ١١ — ٥٤٠ — ٢٧٧ ، مصر ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحامة ١٣ — ١١٣٣ (٥٦٤) • وفى سنة ١٩٣٦ أصدرت محكمة استئناف مصر حكما آخر يدل ظاهره على أنها تعتبر ايقاع الطلاق حقا مقيدا ، ولكنها خففت من هذا القيد الى حد يجعله فى حكم العدم • ذلك أنها بنت حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعى اذا لم يقصد باستعماله سوى الاضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وان المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون فى استعمال حقه فى التطلق منفعة له ، فلا يسأل عن ذلك (استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣٦ المحامة ١٧ — ١١٩ — ٥٨) ، وقد انتقدنا نحن هذا الحكم فى حينه ، وبيننا انه لا يكفى أن يكون الزوج قد قصد من ايقاع الطلاق الى مجرد الرغبة فى الخلاص من رابطة الزوجية ، حتى يعتبر ذلك منفعة له تبرر استعماله حق الطلاق ، وترفع عنه مسئولية الأضرار التى تزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما اذا كان الزوج لم يراع منتهى الحذر فى استعمال حقه فى التطلق (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ص ٣٥٢) •

وقد أيدت محكمة النقض ضمنا مبدأ تقييد حق الطلاق وامكان وقوع الاساءة فى استعماله باقرارها أسباب الحكم الابتدائى الصادر فى الدعوى التى أصدرت فيها محكمة النقض حكمها محل هذا التعليق حيث قد ورد فى أسباب هذا الحكم « ان حق الطلاق وان كان مقررا للزوج المسلم شرعا الا أنه حق مكروه ويكفى فى بيان كراهيته ما جاء فى الحديث الشريف عن النبى صلى الله عليه وسلم اذ قال (أبغض الحلال الى الله الطلاق) ، وانه بنص الفقهاء يرى أن الأصل فى الطلاق المنع ، ولا يباح الا لحاجة كبرى وربية ، فهو مشروع من جهة ، ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث ان فيه ازالة الزواج عندما تكون هناك داعية اليه ، وحظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية ••• » (المحامة ٢٠ ص ١١٤٧) • ولم تكلف محكمة النقض بذلك ، بل ردت على رأى العكسى — الذى يقول ان الشريعة

الاسلامية جعلت ايقاع الطلاق حقا مطلقا ، للزوج أن يستعمله دون أن يؤدي عن ذلك حسابا أو يتعرض لأية مسئولية ، رغبة منها في ستر أسباب الطلاق ، ومنعاً لكشف عيوب الأسر — بأن « ذلك القول ينقضه أن الشريعة الغراء قد أبالت غيما أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب في زوجها ، كذلك أباح المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للزوجة أن تطلب الفرقة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما (المادة السادسة) ، ويدهى أن بحث ذلك دفعاً ودفاعاً قد يكشف الستر عما يقول الطاعن أن الشريعة تتطلب ستره من شؤون الزوجية » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٩) .

يخلص من كل ذلك أن محكمة النقض ترى هي أيضا أن حق ايقاع الطلاق حق مقيد ، لا يستعمل الا لمسوغ ، وإن للمحاكم مناقشة أسباب الطلاق وتقدير المسوغات والحكم بالتعويضات حيث يكون الطلاق قد أوقع بغير مسوغ .

ب — الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق . تكييفه القانوني وحكمه — متى ثبت أن ايقاع الطلاق حق مقيد ، يمكن وقوع الاساءة في استعماله ، وتترتب على هذه الاساءة مسئولية المطلق ، أمكن أن نتصور حصول الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق ، وقد تصدت المحكمة الابتدائية لبحث هذا الاتفاق وقالت في شأنه : « انه من المتفق عليه أنه يجوز للشخص أن يتعهد مقدما بتعويض ضرر يحدثه للغير بعمل يأنيه ولو كان هذا العمل مشروعاً كالطلاق أو الزواج بامرأة ثانية ، فإذا تعهد الزوج المسم لزوجته ألا يتخذ غيرها زوجاً مدة قيام الزوجية ، فهذا التعهد وإن كان لا يمنعه من الزواج بأخرى إلا أنه إذا التزم أن يدفع تعويضاً مالياً لزوجته الأولى في هذه الحالة ، فالتزامه صحيح ولا يعترض عليه بأن الالتزام هنا شرط جزائي تابع للالتزام أصلي باطل ، فإن الالتزام بدفع التعويض في هذه الحالة يعتبر التزاماً أصلياً معلقاً على شرط واقف هو الزواج بأخرى ، ومثل ذلك التزام الزوج بدفع تعويض لزوجته إذا

طلقها ، فلا يكيف هذا الاتفاق على أنه تعهد من الزوج بعدم الطلاق يقتترن بشرط جزائي بل على أنه التزام أصلى معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق » (المحاماة ٢٠ ص ١١٤٨) .

ويمكننا أن نستخلص من هذه الحيثية ثلاثة مبادئ :

١ - أن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا .

٢ - أن الشرط الجزائي الذى يتبع هذا التعهد يكون باطلا أيضا بالتبعية .

٣ - أن الاتفاق على دفع تعويض فى حالة الطلاق يمكن اعتباره صحيحا على أساس أنه التزام معلق على شرط واقف هو حصول الطلاق .

أما عن المبدأ الأول ، فلا جدال فى أن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا ، لأن ايقاع الطلاق حق متعلق بالنظام العام ، اذ قد روعيت فى تقريره المصلحة العامة أكثر من المصلحة الفردية . وبناء على ذلك لا يمنع وجود مثل هذا التعهد من وقوع الطلاق اذا أوقعه الزوج ، ولا تتربط على الزوج فى هذه الحالة مسئولية تعاقدية بأى حال . ولكن هذا لا يمنع أن الزوج اذا طلق بغير مسوغ ، يعتبر مسيئا لاستعمال حقه ، ويسأل عن ذلك مسئولية تقصيرية .

وعن المبدأ الثانى ، فإذا كان المقصود بالشرط الجزائي الاتفاق الذى يعين مقدار التعويض الذى يلتزم به المدين جزاء اخلاله بالتزام تعاقدى هو الالتزام الأصلى ، فلا شك أيضا فى بطلان الشرط الجزائي اذا كان ذلك الالتزام الأصلى باطلا ، ومادامنا قد سلمنا بأن التعهد بالامتناع عن الطلاق يقع باطلا ، فيترتب على ذلك أن يكون الشرط الجزائي التابع لهذا التعهد باطلا أيضا ، ولا يمكن الزام الزوج به باعتباره جزاء للاخلال بالتزام تعاقدى .

أما عن المبدأ الثالث ، فقد لجأت اليه المحكمة الابتدائية لما رأت أن العدالة تقتضى من الناحية العملية في بعض الأحوال أعمال مثل هذا الاتفاق لالزام الزوج بدفع التعويض المتفق عليه الى الزوجة ، فكيف هذا الاتفاق بأنه التزام شرطى لا شرط جزائى (وقد استندت في ذلك الى موجز السهورى بك في الالتزامات من ٤٤٦ نبذة ٤٤٩) • ويقول الأستاذ السهورى بك في ذلك أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطى أو بأنه شرط جزائى ينظر فيه الى نية المتعاقدين • ونحن نرى ذلك معه أيضا ونضيف اليه أن هذا التكييف يعتبر مسألة قانونية يخضع الفصل فيها لرقابة محكمة النقض • ويجدر بنا لبيان أهمية هذا التكييف القانونى أن نقارن بين الالتزام الشرطى والشرط الجزائى ، ونلخص المقارنة فيما يأتى :

١ — أن قصد الطرفين من الالتزام الشرطى انما هو انشاء التزام ما كان لوجوده لولا الاتفاق عليه ، وقد علق الطرفان وجود هذا الالتزام على أمر مستقبل لتعذر علمهما وقت الاتفاق بتحقيق هذا الأمر المستقبل أو عدم تحققه ، إذ لو علما ذلك لرتبا علاقتهما على أساسه ترتيبا باتا • أما الشرط الجزائى فهو تقدير اتفاقى للتعويض الذى يلتزم به أحسـد الطرفين عند ارتكابه خطأ يضر بالطرف الآخر • فهو اتفاق لا ينشئ الالتزام بالتعويض ، وانما يفرض قيام هذا الالتزام بسبب فعل ضار أو اخلال بتمهـد سابق ، ثم يقدر قيمة التعويض بدلا من ترك التقدير الى القاضى •

٢ — يترتب على ذلك أن الالتزام الشرطى يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط (وهو وقوع الطلاق في هذه الحالة) ، بصرف النظر عن وقوع خطأ من المدين أو اصابة الدائن بضرر ، ويعتبر مستحقا من وقت الاتفاق ، لا من وقت تحقق الشرط ، بناء على المادة ١٠٥ مدنى التى تجعل للشرط أثرا رجعيا • أما الشرط الجزائى فلا بد في تطبيقه من توازن عناصر المسئولية وأهمها الخطأ في جانب المدين والضرر في جانب الدائن ، ولا يكون لتطبيقه أثر رجعى •

٣ — فإذا اعتبرنا الاتفاق على دفع مبلغ في حالة الطلاق التزاما شرطيا فلا يطلب من المطلقة الا اثبات الاتفاق وتحقق الشرط وهو مجرد وقوع الطلاق ، أما اذا اعتبرناه شرطا جزائيا كان عليها أن تثبت خطأ الزوج في ايقاع الطلاق واصابتها بضرر من جراء ذلك . والفرق بين عبء الاثبات في كل من الحالتين جسيم .

٤ — ان من قواعد الالتزام الشرطى أنه اذا تحقق الشرط بفعل الدائن فان تحققه يكون في حكم التخلف ولا يترتب عليه وجود الالتزام (السنهاورى بك في الموجز ص ٨٢ نبذة ٤٧٤) . وفي هذه الحالة يكتفى من الزوجة أن تثبت مجرد وقوع الطلاق ، ويكون على الزوج أن يثبت أنه اضطر الى ايقاع الطلاق بفعلها . أما قواعد الشرط الجزائى فتجعل على الزوجة اثبات خطأ الزوج في استعمال حق الطلاق ، وهذا يقتضى منها أن تنفى وقوع أى خطأ منها يمكن أن يكون قد دفع الزوج الى تطليقها .

وبالرغم من هذه الفروق الجوهرية بين الالتزام الشرطى والشرط الجزائى ، ومع أن المحكمة الابتدائية قد فصلت في ذلك صراحة بأن وصفت الاتفاق بأنه التزام شرطى لا شرط جزائى ، فان محكمة الاستئناف ومحكمة النقض لم تعرضا في شيء لهذه النقطة القانونية ، وانما انصرف بهما الى اعمال هذا الاتفاق باعتباره غير مخالف للشريعة الغراء ولا للنظام العام . بل اننا نلمح في عبارتهما أثرا كبيرا للتردد القائم في ذهنهما . وبيان ذلك أن محكمة الاستئناف بدأت بقولها :

« وحيث ان الاستئناف بنى على سببين : الأول أن الاقرار موضوع النزاع جاء خاليا من ذكر سبب الدين ، والثانى أن سبب الدين غير مشروع لأنه تعويض للمستأنف ضدها يستحق لها في حالة طلاقها . وحيث ان محكمة أول درجة تناولت في حكمها الرد على هذين السببين بغاية التفصيل سواء من الوجهة الشرعية أو من الوجهة القانونية . وهذه المحكمة تقرها على ما أبدته في أسبابها وتوافقها على ما رأته من أن

التعهد من قبل الزوج بدفع تعويض لزوجته عن الطلاق لا يخالف الشريعة
الغراء ولا النظام العام » .

وهو قول صريح في أن محكمة الاستئناف تقرر المحكمة الابتدائية
على تكليف الاتفاق على التعويض عن الطلاق بأنه التزام شرطي لا شرط
جزائي . ولكنه يتعارض مع ما ذكرته محكمة الاستئناف في حثية تالية
قالت فيها :

« وحيث أنه بعد الأخذ بمبدأ أن مثل هذا التعهد جائز قانونا فإن
المستأنف ضدها لا تستحق التعويض بمجرد وقوع الطلاق بل يجب أن
لا يكون وقوعه مترتبا على عمل حصل من جانبها كسوء السلوك مثلا أو
غيره ، ويشترط أن يكون قد نالها ضرر من وقوعه ، وهذه مسائل
موضوعية تقدرها المحكمة في كل دعوى حسب ظروفها وملابساتها »
(المحاماة ٢٠ ص ١١٤٨) .

ووجه التعارض بين هاتين الحثيتين أن الالتزام الشرطي كما بينا
يصير مستحقا بمجرد تحقق الشرط (وهو في هذه الحالة مجرد وقوع
الطلاق) ، بصرف النظر عن اصابة الدائن بضرر ما . أما اشتراط وقوع
الضرر فهو من قواعد الشرط الجزائي لا الالتزام الشرطي . فالجمع بين
اقرار المحكمة الابتدائية على التكليف الذي ذهبت اليه وبين اشتراط
وقوع الضرر لا مكان تطبيق الاتفاق على التعويض هو جمع بين النظريتين
التعارضتين اللتين وازنت بينهما المحكمة الابتدائية ورجحت احدهما
على الثانية .

وقد مرت محكمة النقض على هذا التردد وهذا التعارض دون أن
تعرض اليهما في شيء ، مكتفية بأن تقرر أن الاتفاق على تعويض الزوجة
عند طلاقها اتفاق مشروع واجب الاحترام ، ولكن يؤخذ من بعض
عباراتها أنها نظرت الى هذا الاتفاق نظرة تغاير نظرة المحكمة الابتدائية
اليه ، وهي أقرب الى اعتباره شرطا جزائيا منها الى اعتباره التراما

شرطيا ، اذ قالت في ذلك : « وبما أن مناط ما تركز فيه البحث في الحكم الابتدائي والحكم الاستثنائي وفي وجوه الطعن هو ما اذا كان اتفاق الزوج على تضمين زوجته اذا ما طلقها يمس النظام العام من ناحية أن هذا الاتفاق يقيّد بطبيعته حرّيته الكاملة التي منحتها اياها الشريعة الاسلامية في تطليق زوجته اذا ما قامت عنده أسباب خاصة تدعوه الى ذلك بأن يضطره اما الى كشف هذه الأسباب وتفويت حكمة الشريعة الاسلامية والنظام العام في سترها ، واما الى الرضاء بتأدية التعويض كرها — أتأوة لعمله في ستر ما رغب الشارع في ستره — وبهذا يحرم بطريق غير مباشر من حرّيته في التطليق ... وبما أن ما قال به الطاعن من مخالفة النظام العام اذا ما اضطر الزوج بدعوى التضمن الى بيان سبب الطلاق وكشف مستوره انما جاء تفريعا عن نظرية الطاعن غير المسلم بها من أن الشريعة حظرت اذاعة سبب الطلاق . ومتى أهملت هذه النظرية تعين طرح ما تفرع عنها ، وامتنع القول بأن الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها هو اتفاق غير مشروع لمساسه بأحكام الشريعة الاسلامية وبالنظام العام ، وأصبح لزاما احترام مثل هذا الاتفاق . وهنا ينتقل النظر الى نقطة أخرى وهي انه مع التسليم بمشروعية الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها ، فانه لا مراء في أن للزوج الذي في عنقه هذا الالتزام أن يتحمل منه اذا كانت الزوجة هي التي دفعته بفعلها الى الطلاق الذي تطلب تضمينها عنه . »

وقد تحمل هذه العبارة الأخيرة التي تجعل للزوج الذي في عنقه هذا الالتزام أن يتحمل منه اذا كانت الزوجة هي التي دفعته بفعلها الى الطلاق ، على أن المحكمة ترى في هذا الاتفاق التزاما شرطيا ، ولكن ينفي ذلك ما رددته المحكمة في هذه الحيثية ذاتها من عبارات « التعويض » و « التضمن » . وإذا كانت المحكمة قد كلفت الزوج أن يثبت أنه اضطر الى ايقاع الطلاق بسبب فعل الزوجة ، فما ذلك الا قلبا لمعبء الاثبات في المسؤولية المدنية والشرط الجزائي نتيجة للأخذ بالقرائن القضائية .

وبناء على ذلك نرى أن عبارات محكمة النقض ترجح اعتبار الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها شرطا جزائيا ، لا التزاما شرطيا ، يؤيد ذلك نية المتعاقدين لأنهما لم يقصدا انشاء التزام قائم بذاته دون نظر الى حصول ضرر للزوجة ، بدليل استعمالهما لفظ التعويض ، ولم يقصدا أن تستحق الزوجة المبلغ المقدر من وقت حصول الاتفاق عليه ، بل من وقت وقوع الضرر الناشئ عن الطلاق .

ونرى انه كان يجدر بمحكمة النقض أن تعرض لهذه المسألة عرضا مباشرا ، وأن تعدل التكييف الذي ذهبت اليه المحكمة الابتدائية والذي أقرتها عليه محكمة الاستئناف بحكمها المطعون فيه ، وأن تقرر في صراحة أن مثل هذا الاتفاق يعتبر حسب نية الطرفين شرطا جزائيا لا التزاما شرطيا .

ولعل محكمة النقض قد تماشت ذلك تجنبنا منها لخرج ظنت أنها تقع فيه لو أنها كيفت هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي ، لأن نظرية المحكمة الابتدائية هي أن هذا الشرط الجزائي يكون باطلا لثرتبه على التزام أصلي باطل .

وعندى أن هذا الحرج لا محل له ، وأنه ناشئ عن اعتقاد خاطئ ، بأن الشرط الجزائي لا يكون الا التزاما تابعا لالتزام تعاقدي أصلي ، وأرى أن نظرية المحكمة الابتدائية لا يصح الأخذ بها على إطلاقها ، بل ينبغي فيها أن نفهم الشرط الجزائي على حقيقته ، وهو أنه تقدير اتفاقي للتعويض الناشئ عن المسؤولية ، سواء كانت تلك المسؤولية تعاقدية أو تقصيرية لأن المسؤولية التقصيرية يجوز فيها كما يجوز في المسؤولية التعاقدية الاتفاق مقدما على مقدار التعويض الذي يترتب عليها (أنظر مازو نبذة ٢٦٤١) ، ومثل ذلك الاتفاق على مقدار التعويض الذي يلتزم به أحد الجيران قبل الآخرين عن الضرر الذي يسببه لهم سواء بملكه أو بالأشخاص أو الحيوانات التي في رعايته . ولا يهنا بعد هذا الفهم أن يكون التعهد بالامتناع عن الطلاق تعهدا باطلا ، مادام من المسلم به أن

إيقاع الطلاق حق مقيد ، يمكن أن يساء استعماله ، وتترتب على هذه الإساءة مسئولية المطلق مسئولية تقصيرية (راجع ما سبق في ص ١٩٥) ، ومادام أن هذا النوع من المسئولية كالمسئولية التعاقدية ، يمكن أن يكون محل شرط جزائي . فالاتفاق على تعويض الزوجة في حالة طلاقها ، يكون على هذا الأساس اتفاقا صحيحا واجب الاحترام . فإذا ما أوقع الزوج الطلاق ، فاما أن يكون ذلك لمسوغ شرعى من فعل الزوجة أو أخلاقها ، فلا تكون ثمت مسئولية على الزوج ولا ينطبق عليه الشرط الجزائي ، باعتبار أن الضرر الذى أصاب الزوجة راجع الى فعلها هى . واما أن يكون ذلك لغير مسوغ شرعى ، فيعتبر إساءة من الزوج فى استعمال حق الطلاق ، تترتب عليها مسئولية الزوج مسئولية تقصيرية ، يكون الأصل فيها أن يتولى القاضى تقدير مبلغ التعويض ، ولكن متى كان الطرفان قد اتفقا سلفا على هذا المبلغ ، وجب العمل بما اتفقا عليه .

إساءة استعمال حق الطلاق (*) — شاع الاعتقاد بأن حق الطلاق مطلق ، للزوج أن يستعمله كما يشاء بغير ابداء الأسباب وبلا مسئولية عليه فى ذلك ، حتى لو أضر بمطلقته ضررا بليغا ، وقد حكمت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٢٢ يناير ١٩٣٦ ، إذ قررت أن الزوج اذا طلق زوجته غداة العقد عليها ، فلا جناح عليه فى ذلك ، ولو كانت الزوجة مدرسة وقدمت . استقالتها عقب الزواج وقبل وصول وثيقة الطلاق اليها ، ورغم ما يحوم حولها بسبب هذا الطلاق السريع المفاجىء من شبهات وأقاويل تؤثر فى سمعتها الأدبية بل وفى رزقها أيضا وحياتها المادية ، وبنت حكمها على أن نظرية سوء استعمال الحقوق تجعل الحق غير شرعى اذا لم يقصد باستعماله سوى الإضرار بالغير ، أما استعماله لتحقيق منفعة شخصية فلا تنشأ عنه مسئولية ما ، وأن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون فى استعمال حقه فى التطليق منفعة له ، فلا يسأل عن ذلك . وقالت المحكمة فى ذلك « انه لا عبرة بما تدعيه المستأنف ضدها من أن المستأنف يقصد بالطلاق التشهير والفكاية بها ،

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة فبراير ١٩٣٧

ذُنْ علاقته معها قبل العقد عليها كانت علاقة حسنة ، لأنها كانت تعطي دروساً خصوصية لأولاده ، فلا يعقل أن يطلقها في اليوم التالي إلا إذا كان هناك سبب فجائي قد حمّله على هذا الطلاق ، كما أنه لا يمكن أن يقال أنه هو الذي حمّلها على الاستقالة وحرمت بذلك من وظيفتها ، لأنه لم يحمّل من جانبها أى دليل على أنه أرغمها على الاستقالة ، بل الثابت بالعكس أنها هي التي قدمت في اليوم التالي لزواجهما طلب الاستقالة من نفسها » (المحاماة ١٧ — ١١٩ — ٥٨ وانظر في هذا المعنى أيضاً مضر الكلية ٩ نوفمبر ١٩٣١ المحاماة ١٥ — ٢ — ٢٥٦ — ١٢٧ ، استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩٣٢ الغزاييت ١٣ — ٥٥ — ٩٩ ، استئناف مصر ١٨ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٤٩٧ — ٣٢٥ وانظر في نقد هذين الحكمين الأخيرين السعيد مصطفى السعيد في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تقتيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث ص ٢٥١ وما بعدها) (١) .

وانا لو سلمنا بما ذهب اليه هذا الحكم ، عمت الفوضى الخلقية جميع البلاد ، وجاز للشبان المستهترين أن يستيحيوا لأنفسهم أعراضاً فتيات الأسر ، فيعقدوا عليهن ثم يطلقوهن في اليوم التالي لغير سبب سوى الخلاص منهن ، وبدون مسئولية عليهم في ذلك . وحائساً للشرع والقانون أن يجيزا مثل هذه الفوضى ، فالشريعة الإسلامية تحظر الطلاق إلا لحاجة ماسة اليه ، وتقيّد استعماله بوجوب مطابقته للحكمة التي دعت الى تشريعه وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وتعذر الوفاق بحيث يفوت الغرض المقصود من الزواج وينقلب مضراً ، وتقيده أيضاً بوجوب أن يكون استعماله بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة يزيد على ما ينشأ عادة عن حل رابطة الزوجية ، فإذا لم يراع الزوج هذه القيود وطلق زوجته من غير داع شرعى للطلاق وجبت عليه

(١) انظر في هذا المعنى ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ٨ — ٥٨٩ — ٢٩٨ ، وأيضاً ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ١١ — ٤ ، نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ ، نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ — ٤٥٨ — ٧٤ ، وأيضاً ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ — ١٩٤٣ — ٢٩٣ .

المتعة لطلقته — وفقا لرأى المالكية والشافعية — على سبيل التعويض عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (السيد مصطفى السيد من ص ٢٣٤ الى ص ٢٤٥) (*) .

وقد حكم بذلك بعض المحاكم الابتدائية ، فجعلت الزوج مسئولا عن اساءة استعمال حقه في الطلاق ، وألزمته بتعويض ما يلحق الزوجة بسبب ذلك من ضرر أدبى أو مادى (شبن الكوم ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة ١١ — ٥٤٠ — ٢٧٧ ، مصر ٢٠ يناير ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ — ١٥٧ — ٦٥ المحاماة ٦ — ٣٣٣ — ٢٥٥ ، مصر ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ — ١١٣٣ — ٥٦٤) .

أما ما ذهب اليه حكم الاستئناف الذى رأينا أن نعرض له في هذه التعليقات ، من أن المطلق حسبه أن يكون قد رغب الخلاص من الزوجية حتى يكون في استعمال حقه في التطليق منفعة له ، فلا يكفى لرفع مسؤولية الزوج عن الضرر الذى يزيد عما يلحق الزوجة عادة بسبب حل رابطة الزوجية ، ولا سيما اذا كان الزوج لم يراع منتهى الضرر في استعمال حقه في التطليق ، والواقع في هذه القضية أن المطلقة أصابها ضرر مادى بضياح وظيفتها عليها ، وآخر أدبى بسبب سرعة تطليقها عقب العقد ، وكلاهما لا يدخل فيما يصيب المطلقة عادة من ضرر بسبب الطلاق ، فلا يكفى في تبريرهما كون الزوج قصد منفعة شخصية له ، هي مجرد الخلاص من زوجته قبل انقضاء ٢٤ ساعة من وقت عقده عليها .

ثم ان ايقاع الطلاق بمثل هذه السرعة لا يخلو من رعونة وعدم تبصر ، وفيه اخلال بما يجب من الحرص على عدم الاضرار بالغير ،

(*) المتعة هي ما يدفعه الرجل لطلقته بعد الفراق بينهما (احمد ابراهيم بك الاحوال الشخصية نبذة ٢٠٣ ، السيد مصطفى السيد من ٢٤٠) ، ويرى الشافعية والمالكية أنها تجب للمطلقة تطيبا لنفسها وجبرا لاحتياجها ، ويستنبط الدكتور السيد مصطفى السيد من ذلك أن وجوبها بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق (راجع كتابه من ٢٤٥) .

ومهما قيل من أسباب تبريره ، فإن تلك الأسباب لا بد أن يكون قيامها سابقا على عقد الزواج ، ويكون الزوج مقصرا في عدم تحريرها قبل العقد ، مادام قد أمكنه معرفتها في الفترة الوجيزة فيما بين العقد والطلاق ، فلا نزاع في أن الزوج في هذه القضية قد خرج بحق الطلاق عن الحكمة التي وضع لأجلها ، وفي أنه استعمله في غير حذر ولا حرص ، وفي أنه ألحق بمطلقة ضررا غير عادي ، فوجب عليه تعويضها عن ذلك .

المسئولية عن الاجراءات الكيدية وعن التواطؤ بشأنها (*) :

لا نزاع في أن الالتجاء الى الاجراءات القضائية حق للخصوم ، غير أنه اذا باثر بعضهم هذا الحق ، لا لغرض سوى الاضرار بغيره ، عد متجاوزا لحقه ، ومرتكبا خطأ يقتضى مسئوليته ، ولكنه لا يسأل الا اذا تعين وجه الخطأ في تصرفه وثبت عليه ذلك ثبوتا كافيا . واذا اشترك في الاجراءات الكيدية غير واحد من الخصوم ، أو باشرها أحدهم باتفاقه مع غيره ممن يتحدون معه في مخاصمة غريمه ، فلا مسئولية الا على من يثبت خطؤه أو قام الدليل على تواطئه مع المخطيء .

ولابد في الحكم بالمسئولية من تعيين الواقعة التي يتكون منها الخطأ ، وبيان الظروف التي تستخلص منها عناصر التواطؤ . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بالمسئولية بالتضامن دون مراعاة لما تقدم ، في قضية شخص قيل أنه أوقع حجزا على مبلغ مودع بخزانة محكمة أسيوط على ذمة بائع ممن اشترى منه العين التي يدعى الحاجز ملكيتها ، وكان الحاجز قد تلقى ملكية هذه العين عن طريق الشراء من وارثين مع البائع المحجوز عليه ، فقضت المحكمة بمسئولية الحاجز والبائعين اليه بالتضامن ، وقد ألغت محكمة النقض في ٢١ مايو ١٩٣٦ حكم استئناف أسيوط لأنه « لم يعن ببيان الوقائع التي استخلص منها عناصر اتحاد المحكوم عليهم وتوافقهم على الماكسة وتعطيل صرف المبلغ المودع

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد. السنة السابعة فبراير ١٩٣٧

بخزانة محكمة أسيوط ولم يبين من منهم الذى تسبب بخطئه فى تعطيل صرفه وخصوصا أن الطاعن كان يستظهر على خصومه بأنه لم ينذر المشتري بعدم دفع باقى الثمن لبائعه ولا أنه حجز عليه بذعته ٥٠٠ ٠ (المحامة ١٧ — ١٨٥ — ٨١) ٠

وهذا الحكم يؤيد ما سبق أن ذهبت اليه محكمة النقض ، من أن تقدير الخطأ مسألة قانونية خاضعة لرقابتها (نقض مصرى مدنى ١١ يناير ١٩٣٤ القانون والاقتصاد ٤ ملحق ٣ ص ٥٣ المحامة ١٤ — ١ — ٢١٩ — ١٢٢ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٨٦٤ — ١٥٧ ، نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ ، ٢٩ يونيه ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ — ١٤٥٤ — ١٧٦ و ٢٨ مارس ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ و ٢٠ ديسمبر ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠ — ٣ — ٣٣٧ — ٤٠١ ، و ٢١ يناير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٥١٦ سنة ٤٨ ق مجموعة أحكام النقض ٣٣ — ١٦٠ — ٣٠ ، و ١١ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١١٦٠ سنة ٤٧ ق ، و ٢١ يونيه ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٩٨ سنة ٣٩ ق ، و ٨ ديسمبر ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٨٧٣ سنة ٤٩ ق وما بعدها (١) ، ويستفاد منه أيضا أن تقدير التواطؤ مسألة قانونية كذلك .

خطا المصاب واثره فى التعويض الذى يطلبه والدته بصفتها الشخصية (*) :

من المبادئ المسلم بها فى القانونين الفرنسى والمصرى أنه اذا

(١) راجع ما تقدم فى ص وانظر فى التفرقة بين استخلاص الفعل المكون للخطأ من وقائع الدعوى وبين تكيف هذا الفعل بأنه خطأ ودخول الاول فى سلطة تاضى الموضوع والثانى فى رقابة محكمة النقض مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ، القسم الاول (ضمن مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية) سنة ١٩٧١ ص ٦٢ وما بعدها ويضاف نقض مدنى ٣٠ يونيه ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٤٦٧ — ٢٠٨ ، ١٢ يونيه ١٩٧٣ .

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد مارس وأبريل ومايو سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٦ .

اشترك المصاب بخطئه مع التسبب الأصلي في احداث الضرر ، وجب توزيع المسؤولية بينهما وترتب على ذلك تخفيض التعويض الذى كان يستحقه المصاب لولا ما وقع منه من خطأ (راجع فى أصل هذا المبدأ وتطور صورته المختلفة كتابنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٣٢٢ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٣٢٠) • ومن المسلم به أيضا أنه اذا طالب ذوو المصاب بحقه فى التعويض ، جاز للمسئول أن يدفع الدعوى بخطأ المصاب توصلا الى نفى المسؤولية عنه كلية أو الى تخفيضها على الأقل • ولكن أيجوز له ذلك اذا كان المطالب بالتعويض أبا المصاب بصفته الشخصية عن الضرر الذى لحق به هو من جراء وفاة ولده بخطأ المسئول ؟ يظهر بادية الأمر أنه لا يجوز له ذلك ، لأن أبا المصاب اذا طالب بتعويض الضرر الذى لحق به شخصيا يكون هو مصابا ثانيا ، ولا يصح أن يحتج عليه بخطأ المصاب الأول اذا لم يكن هو مسئولا عنه • ولكن هذه النظرة الأولية تصطدم مع شعورنا بالعدالة ، اذ لا يمكن أن نسلم بأنه اذا ألقى شخص بنفسه تحت عجلات سيارة مسرعة قاصدا الانتحار ، فنتجت عن ذلك وفاته ، يكون لذويه الحق فى المطالبة بتعويض عن الضرر الذى أصابهم شخصيا بمقولة ان الخطأ الذى وقع من المصاب الأول لا يجوز الاحتجاج به عليهم •

وهذا الشعور بالعدالة هو الذى حدا محكمة الاستئناف فى قضية مدرسة جمعية الايمان السالف ذكرها الى تخفيض قيمة التعويض الذى طالب به الأب ، مراعية فى ذلك ما وقع من التلميذ من خطأ ، بعد أن قالت انها ترى أن التلميذ وقد بلغ عمره ١٢ سنة وقت الحادثة أصبح عنده من التمييز قدرا كان يستطيع معه أن يدرك شيئا ما من خطورة الموقع الذى هلك فيه (استئناف مصر ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٣) •

ونحن نقر المحكمة على ما ذهبت اليه فى هذا الحكم ، وفى الوقت ذاته نسلم بأن الاعتراض الذى يقوم ضده بادية الأمر اعتراض له وجاهته ، ولكنه لا ينطبق على مثل هذه الحالة ، وذلك انه من الخطأ أن

نعتبر أن مسؤولية المدرسة قبل الأب ، وهو المصاب الثانى ، مختلفة عن مسؤوليتها قبل الابن وهو المصاب الأول (لو أنه أصيب بعاهة مستديمة ولم يمت) ، إذ أن الضرر الذى لحق بالمصاب الثانى ليس الا نتيجة للضرر الذى حل بالمصاب الأول ، مما يجعل مسؤولية المدرسة عن الضرر الثانى مقيدة بمسؤوليتها عن الضرر الأول ، وبما أن مسؤوليتها عن الضرر الأول تنتفى إذا كان خطأ المصاب الأول يجب خطأها (كما فى حالة الشخص الذى انتحر بالقاء نفسه تحت عجلات السيارة) أو تنقص إذا اشترك المصاب الأول فى احداث العمل الضار بخطأ لا يجب خطأ المسئول الأول (كما فى حالتنا هذه) ، فان مسؤوليتها عن الضرر الثانى — الذى هو نتيجة للضرر الأول — تتبع نفس المصير ، فتنطفى كذلك أو تنقص حسب الأحوال .

اثر رضا المصاب فى دفع المسؤولية المدنية (*) — قبلت احدى شركات الأراضى وكثيرون غيرها من الملاك المنتفعين بمصرف عمومى القاء ناتج تطهير هذا المصرف بأراضيهم دون أن يكون لهم حق المطالبة بأى تعويض ، ثم باعت أرضها ، ورضى المشتري بهذه الحالة مدة من الزمن ، ولكنه طالب أخيرا وزارة الأشغال بتعويض عن الضرر الذى أصابه بشغل أرضه بالأثرية الناتجة من التطهير ، وقد حكمت له المحكمة الابتدائية بالتعويض ، ومحكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم بناء على ما ثبت لديها من رضا المشتري بهذه الحالة من سنة ١٩٢٤ الى سنة ١٩٣٣ تاريخ رفع الدعوى .

وقد رفضت محكمة النقض فى ٢٧ فبراير ١٩٣٦ الطعن الذى رفع اليها عن حكم محكمة الاستئناف ، وأيدت ما ذهب اليه هذه المحكمة من اعفاء وزارة الأشغال من كل مسؤولية بناء على رضا المالك بالفعل الذى نشأ عنه الضرر بأرضه (المحاماة ١٦ — ٨٧٧ — ٤٠١) .

وقد أصاب هذا الحكم الحل الصحيح طبقا لقاعدة « أن رضا

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد ابريل سنة ١٩٣٧ .

المصاب بالضرر يبطل أثره « Volenti non fit injuria » غير أنه يجب التحرز من تعميم هذه القاعدة ، لأنها لا تنطبق الا على الضرر الذى يلحق المال فقط دون النفس (راجع فى تفصيل ذلك سليمان مرقس فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ من ص ٣٠١ الى ٣٢١ وباللغة الفرنسية من ص ٣٠٠ الى ص ٣١٩) •

مدى مسؤولية المهندس والمقاول وأساس التضامن بينهما (*) :
تنقضى التعهدات بالوفاء بها ، فلا مسؤولية على المتعهد بعد قيامه بما تعهد به وتسليمه الى الدائن ، وكان يتعين تبعا لذلك أن تنقضى مسؤولية المقاول والمهندس متى سلما المالك المبانى التى تعهدا له بها ، ولكن لأنه يتعذر على المالك أن يتحقق وقت تسلمه المبانى من مطابقتها لأصول الفن ومن خلوها من كل عيب ظاهر أو خفى ، رأى المشرع أن يجعل المهندس العمارى والمقاول مسئولين بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ولو كان الخلل ناشئا عن عيب الأرض أو كان المالك أذن فى انشاء أبنية معينة (المادة ٤٠٩/٥٠٠/١٧٩٢ و ٢٢٧٠ مدنى) • فجاءت هذه المسؤولية المقررة بنص خاص استثناء من القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية لا من حيث استمرارها بعد انقضاء التعهد الاصلى فحسب ، بل أيضا من حيث قيامها بدون اثبات خطأ المهندس أو المقاول ، ومن حيث امتناع دفعها بنفى الخطأ عن أيهما أو باثبات وجود عيب فى الأرض أو بالتمسك برضا المالك بالأبنية المعينة (بلانويول ج ٢ نبذة ١٩٠٩ و ١٩١٥ جوسران ج ٢ نبذة ١٢٩٨) •

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر فى ٥ نوفمبر ١٩٣٥ (المحاماة ١٦ — ٧٠٢ — ٣٣٨) بأن هذه المسؤولية ليست مقصورة على حالة مخالفة المواصفات المذكورة فى العقد ، بل تشمل كل نقص فى الأعمال اللازمة لسلامة البناء ولو لم ينص عليها فى العقد • فتمتد ظهرت ضرورة عمل ميدة مسلحة تعين على المقاول النص عليها فى العقد وتنبية المالك اليها ، حتى اذا تجاوزها وأشار بعدم غملها كان المقاول مسئولا

(*) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ، أبريل ١٩٣٧ ص ٦٥٦ .

أمامه عند حدوث خلل في البناء بسبب ذلك في مدة عشر السنين التالية لتسليم البناء ، ولم يجز له أن يحتج بعدم ذكر هذه المدة بين الأعمال التي تعهد في العقد بالقيام بها .

ويدهى أنه مادام المقاول لا يجوز له أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية بموافقة المالك صراحة على التجاوز عن عمل ضروري ، فمن باب أولى لا يجوز له دفعها بالتمسك بمجرد عدم النص في العقد على هذا العمل الضروري .

أما عن التضامن المنصوص عنه في المادة ٤٠٩ بين المقاول والمهندس المعماري ، مع عدم نص المواد الفرنسية عليه ، يفترض فيه أن المالك قد تعاقد مع كل منهما مباشرة وبدون اشتراط التضامن بينهما ، لأنه ان تعاقد مع أحدهما وكان الآخر تابعا له ، توأفر التضامن بينهما بغير حاجة الى نص هذه المادة . وكذلك يفترض فيه أيضا تكليف المهندس ملاحظة أعمال البناء ، والا اقتصرت مسؤوليته على ما ينشأ عن عيوب رسمه فقط طبقا للمادة ٤١٠/٤٠٩ . فالمادة ٤٠٩ قد غرخت التضامن على شخصين ليس بينهما أي علاقة قانونية ، ليكون كل منهما رقيقا على عمل الآخر ، وعاملا على تلافي نقصه ، لأن عمل كل منهما مرتبط بعمل الآخر ومتمم له . ولا شك أنه اذا تعدد المقاولون المتعهدون للمالك مباشرة بالقيام بالعمل كله كان كل منهم متضامنا مع المهندس . ولكن أيكون متضامنا مع شركائه في عقد المقاول ؟

نرى قبل الجواب عن هذا السؤال أن نشير الى التفرقة بين التضامن التام Solidarité parfaite الذي تقترب عليه جميع الآثار الناشئة عن فكرة التمثيل والانابة بين المدينين ، وبين التضامن الناقص Solidarité imparfaite ou obligation in solidum الذي لا يقترب عليه الا التزام كل من غاعلى الضرر بكامل التعويض ، والى أن الأول لا يكون بغير نص في الاتفاق أو في القانون ، بينما الثاني نتيجة طبيعية لتطبيق قواعد المسؤولية والسببية (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٤٢٨ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٤٥٧ وما بعدها) .

ولا شك في أن التضامن المنصوص عنه في المادة ٤٠٩ تضامن تام ،
فهو يتوآخر فيما بين الشركاء في عقد المقاولة ؟

أجابت عن ذلك محكمة استئناف مصر بالإيجاب في حكمها سالف
الذكر حيث قالت « ان القانون في المادة ٤٠٩ يوجب مسؤولية المقاول
والمهندس بالتضامن عن خلل البناء ، فإذا كان هناك عدة مقاولين فلا شك
أن مسؤوليتهم واجبة التضامن أيضا مع المهندس أو المهندسين أن
تعددوا ، وهذا يتفق أيضا وروح القانون في المادتين ١٥٠ و ١٥١ مدنى ،
فقد أوجب التضامن في المادة الأولى في الحالة المبينة بالمادة الثانية والتي
تنص على أن كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يوجب الزام غاعله بتعويض
الضرر . فإذا غرض وكان المستأنف وآخر هما اللذان بإشرا عملية البناء
وظهر خلل ، كانا مسؤولين معا بالتضامن عن تعويض الضرر المتسبب عن
فعلهما » .

ولكن بالتأمل يتضح أن هذه النظرة ليست دقيقة ، لأن النصوص
المتعلقة بالتضامن التام نصوص استثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها ،
ولا القياس عليها .

أما عن نص المادة ٤٠٩ ، فقد بينا أن المشرع إنما أراد به أن
يفرض التضامن على شخصين ، هما المقاول والمهندس ، وهما لا تربطهما
أى علاقة قانونية ، بل لكل منهما عمل متميز عن عمل الآخر ، ويغلب أن
يكون تعاقد المالك مع كل منهما مستقلا عن تعاقد مع الآخر ، والأصل
فيهما استقلال كل منهما بتمعهده بدون تضامن مع غيره ، فجاء نص المادة
٤٠٩ استثناء من ذلك الأصل بقصد فرض التضامن بين المهندس والمقاول .
فإذا تعدد المهندسون أو المقاولون وكان تعهد كل فريق منهما بعمل
الهندسة أو المقاولة بأكمله ، توافرت الرابطة القانونية بين أعضاء كل
فريق ، وجاز للمالك أن يشترط التضامن عليهم ، فإن لم يفعل لم يجز
له الاستناد الى التضامن المنصوص عنه في المادة ٤٠٩ لربط المهندس
والمقاول ببعضهما ببعض . وأصبح أعضاء كل فريق متضامنين مع الفريق
الآخر بناء على المادة ٤٠٩ ولكنهم غير متضامنين فيما بينهم ، فإذا رفع

المالك الدعوى على أحد المقاولين مثلا ترتب على ذلك قطع المدة بالنسبة لذلك المقاول وللمهندس لقيام التضامن بينهما ، ولم يكن له أى أثر بالنسبة لغيره من المقاولين لانعدام التضامن بينه وبينهم مع التزام كل منهم بكامل التعويض .

فالمادة ٤٠٩ لا يستفاد منها قيام التضامن التام بين المقاولين المتعددين (١) ، وهى لم توضع لهذا الغرض أصلا ، بل الواقع أن كلا من هؤلاء المقاولين بحكم تعهده بعمل المقاولة بأكمله ، وبحكم تضامنه شخصيا مع المهندس ، يجوز مطالبته بكامل التعويض ، ولكنه لا يعتبر ممثلا باقى المقاولين ولا نائبا عنهم . وهذا هو التضامن الناقص بعينه الذى ينتج من تطبيق القواعد العامة والذى لا يحتاج فيه الى نص ، والذى أخذت به المحاكم الفرنسية لعدم نص المادة ١٧٩٢ فرنسى على التضامن بين المقاول والمهندس .

وقد شعرت المحكمة بضعف استنادها الى هذا النص ، فخلجات الى تلمس روح القانون فى المادة ١٥٠ مدنى أهلى ، غير أنه لما كان نص هذه المادة على التضامن تقريريا لحكم استثنائى مقصور على أحوال المسؤولية التقصيرية المبينة فى المواد ١٥١ - ١٥٣ ، فلا يصح بأى حال أن يتعداها الى أحوال المسؤولية التعاقدية المترتبة على المقاولين المتعددين ، ولو عن طريق الاستدلال منها على روح القانون .

تقدير التعويض وواجب الضرور فى وقف الضرر (*) :

تسربت المياه من مواسير تابعة لوزارة الأشغال الى جدار منزل مملوك لأحد الأفراد ، فأحدثت بالمنزل خلاا استوجب إخلاءه ، ورفض

(١) المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ تنطبق فى حالة هدم المبنى ولكنها لا تنطبق على الاساسات التى لم تقم لموقعها مبكى
(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٩ عدد مارس ويونيه ١٩٤٩

المالك دعوى على الوزارة مطالبا اياها بتكاليف اصلاح المنزل ومقابل ريعه الى حين اصلاحه وامكان تأجيله . وطالت اجراءات التقاضى مدة ارتفعت فى أثناءها الأسعار وزادت تكاليف اصلاح المنزل زيادة كبيرة ، فحكمت المحكمة بمسئولية الوزارة عن الخلل الذى أصاب المنزل وألزمته بنفقات اصلاحه على أساس الأسعار الجارية وقت الحكم وبقيمة ريعه من وقت وقوع الفعل الضار الى وقت الحكم مع مراعاة ما يستغرقه الاصلاح من زمن بعد صدور الحكم . فطعن وزير الأشغال فى هذا الحكم بأنه اذ قدر تكاليف الاصلاح على أساس ما كانت تساوية وقت الحكم لا وقت وقوع الضرر ، واذ ألزم الطاعة بمقابل الخلو عن مدة التقاضى كلها لا عن المدة اللازمة للاصلاح فحسب ، قد خالف القانون ، ذلك أن حق التعويض ينشأ ويتحدد عند وقوع الفعل الضار ولا يؤثر فى هذا الحق من المؤثرات الا ما يرتبط والفعل ارتباط العلة بالمعلول . وابطاء المطعون ضده فى رفع الدعوى والخبراء فى مباشرة العمل والقضاء فى الحكم ، مع انخفاض سعر العملة واشتداد الغلاء فى هذه الأثناء ، كل ذلك عوامل منقطعة الصلة بالفعل الضار ، ثم ان من واجب المضرور أن يسعى لجبر الضرر فان تهاون فاستفعل الضرر كانت مغبة تهاونه عليه .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن بحكم أصدرته فى ١٧ أبريل ١٩٤٧ (المحاماة ٢٨ - ٧٥٩ - ٢٤٩) وقررت فيه المبادئ الآتية :

١ - ان التعويض انما يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان تقديره من المسائل الواقعية التى يستقل بها قضاة الموضوع ، فان تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيم عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانونى للواقع .

٢ - ان التعويض لا يكون كافيا لجبر الضرر اذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . فاذا كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار اليه عند الحكم مراعى التغيير فى

الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها الى خطأ المسئول أو نقص كائنا ما كان سببه ، ومراعى كذلك التغيير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها •

٣ - إنه لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على اصلاح الضرر • فان تهاون كانت تبعة تهاونه عليه ، لأن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول بالتزامه •

وانى أرى أن المبدئين الأولين جديران بالتنبؤيه وأن الثالث في حاجة الى ضبط وتحديد •

فالمبدأ الأول يفرق بين تعيين الضرر الذى يجب تعويضه وبين تقدير القيمة النقدية لهذا الضرر وهى قيمة التعويض • فالضرر الذى يستوجب التعويض يجب أن يكون مصقفا لا احتماليا ، وأن يكون ناشئا مباشرة عن الفعل الضار سواء أكان خسارة لحقت المصاب أم كسبا ضاع عليه • ويعتبر توافر هذه الشروط في الضرر مسألة قانونية يتوقف عليها جواز الحكم بتعويضه أو عدمه ، ويخضع القاضى في تقدير هذه الشروط لرقابة محكمة النقض • فإذا لم يكن ثمت خلاف على توافر هذه الشروط في كل من عناصر الضرر المطلوب تعويضه فان تقدير قيمة هذا الضرر بمبلغ تقصى يحكم به على سبيل التعويض يكون مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضى ، فليسطيع هذا أن يلجأ في تحديد قيمة التعويض الى تقدير الخبراء أو أن يقدرها بنفسه ، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض الا من حيث الوقت الذى اتخذته أساسا لتقدير قيمة الضرر •

والمبدأ الثانى يحدد هذا الوقت بأنه وقت الحكم لا وقت وقوع الفعل الضار • فإذا كان الضرر لم يقع كله دفعة واحدة وقت ارتكاب الفعل الضار بل ترايد مع الزمن ، وجب ألا يقتصر التعويض على قيمة

الضرر الذى حدث عند وقوع الفعل الضار بل يشمل كل ما تحقق من أضرار ناشئة عن هذا الفعل الى وقت الحكم ، مع حفظ حق المصاب فى الحصول على تعويض تكملى بحكم آخر اذا استمر الضرر يتزايد بعد صدور الحكم الأول .

ومتى عين الضرر الواجب تعويضه وجب كذلك تقدير قيمته وقت الحكم لا وقت وقوع الفعل الضار ، وذلك لأن الأصل فى التعويض إعادة الشيء الى أصله ، ولا يتسنى للمضروب تحقيق ذلك الا بعد صدور الحكم له بمبلغ التعويض ومضى الوقت الكافى للحصول على هذا المبلغ واصلاح الضرر به ، فلا يعتبر التعويض متكافئاً تكافؤاً حقيقياً مع الضرر الا اذا قدرت قيمته وقت الحكم على الأقل ويقطع النظر عن قيمة الضرر وقت وقوعه . ولا يجوز للمسئول أن يتذرع بأن زيادة الأسعار اللاحقة للفعل الضار ليست نتيجة مباشرة لهذا الفعل ، لا يجوز له ذلك لأن هذه الزيادة لا تدخل فى تقدير التعويض باعتبارها عنصراً مستقلاً من عناصر الضرر الواجب تعويضه حتى يبحث فيها عن صلتها بالفعل الضار ، وانما تدخل فى التقدير باعتبارها فقط أساساً لحساب قيمة الضرر المباشر وقت الحكم .

أما المبدأ الثالث فيتعلق بواجب المصاب فى وقف الضرر أو وضع حد له ، فقد نفت المحكمة العليا هذا الواجب نفياً باتاً ، وقالت أن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضروب أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه . ونحن نرى أن هذا القول محل نظر لمخالفته للمبادئ العامة المسلمة .

فمن هذه المبادئ أن الفاعل لا يسأل عن الضرر الا اذا كان نتيجة مباشرة لفعله وأنه يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه اذا أثبت أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه كخطأ المصاب نفسه .

فالفاعل لا يسأل الا عن الضرر المباشر ، ولكن اذا تسلسلت الأضرار فأياها يعتبر نتيجة مباشرة للفعل الضار وأياها لا يعتبر كذلك ؟ لبقى الفقه

والقضاء صعبة في إيجاد فيصل للتفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر ، واهتديا آخر الأمر الى فيصل أقرهما عليه المشرع في القانون المدني الجديد ، حيث نص في المادة ٢٢١ منه على أن « يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما لحقته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » (وأنظر استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٠ ص ٤١٨) ، وموجز السنهوري ص ٣٤٥ نبذة ٣٣٥) .

ومقتضى هذا المعيار أن على الدائن أو المضرور واجبا أن يتوقى تفاقم الضرر إذا كان ذلك لا يكلفه إلا بذل جهد معقول . فإذا قصر في هذا الواجب ولم يمنع تفاقم الضرر فإن ما زاد في الضرر بسبب هذا التقصير يعتبر نتيجة مباشرة لهذا التقصير لا للفعل المضار الذي نجم عنه الضرر الأول ، ولا يسأل عنه مرتكب ذلك الفعل (راجع مذكراتنا في الفعل المضار ص ٥٧ نبذة ٤٨) .

فمثلا إذا كان الضرر بحيث يستطيع المصاب أن يحول دون استفحاله أو أن يخففه بإتباعه علاجا خاصا ، اعتبر المصاب مقصرا إذا لم يتبع ذلك العلاج ، لأنه ملزم بالعمل على تحاشي الضرر أو تخفيف وقعه عليه ، ولو اقتضى ذلك منه بعض التضحية .

وقد حكم تطبيقا لذلك بأن صاحب سيارة النقل التي تهشمت في الحادث كان في وسعه أن يدرك عن نفسه خسارة أيراد تلك السيارة بشراء سيارة أخرى تقوم مقامها (استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٣١ « ٤٣ ص ٢٠٥ ») ، غير أنه إذا كان وقف الضرر أو تخفيفه يتطلب من المصاب أكثر من بذل جهد معقول ، أي جهدا لا يقدر عليه أو تكون فيه مشقة عليه كبيرة لا يجوز أن يطلب اليه تحملها ، فإنه لا يكون مقصرا في عدم بذل هذا الجهد (أنظر في هذا المعنى مازو نبذة ١٤٧٤ فقرة ثانية ، وسليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٩٩) . وتطبيقا

لذلك قضت محكمة النقض في ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ (مجموعة عاضم للإحكام الجنائية ١ — ١٠ ج ٧) بأنه إذا كان الألتهاب الذى سبب الوفاة نتيجة للإصابة التى أحدثها الطاعن بالمجنى عليه ووجب مسالطه عنها ، فلا يرفع من مسئوليته أن المجنى عليه أو ذويه رفقوا أن تبتر ساقه وأن هذا البتر كان يحتمل معه نجاته ، اذ لا يجوز له ، وهو المحدث للإصابة ، أن يحتفى لدرء المسئولية عن نفسه وراء احجام المجنى عليه عن تحمل بتر ساقه وهو اجزاء جراحى عظيم الخطر فضلا عما يسببه من آلام مبرحة •

يخلص من ذلك أن الأصل أنه يجب على المصاب أن يبذل جهدا معقولا لتحاى وقوع الضرر أو لوضع حد له بعد وقوعه • أما اذا كان الجهد المعقول لا يكفى لذلك ، فلا لوم على المصاب اذا هو انتظر أن يقوم المسئول بجبر الضرر •

وفي القضية التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق ، يبدو أن مالك المنزل الذى أصابه التلف كان يستطيع أن يقف الضرر عند حد بأن يرفع دعوى اثبات حالة ويقوم باصلاح التلف فيمنع الضرر الناتج من خلو المنزل ويطلب الوزارة المسئولة بنفقات الاصلاح وببيع المنزل عن المدة التى اقتضاها الاصلاح ، وأن ذلك كله لم يكن يقتضيه الا بذل جهد معقول ، فيعتبر مسئولاً عن عدم بذله ولا يكون له حق فى التعويض عن خلو المنزل فيما زاد عن المدة التى كان يقتضيها اصلاحه لو قام به من أول الأمر •

لذلك قلنا ان ما قررته محكمة النقض محل نظر ، وأنه يجب ضبطه بأن ليس على المصاب أن يعمل على منع تفاقم الضرر اذا كان ذلك يقتضيه بذل جهد كبير وتضحية لا قبل له بها ، وأنه بالعكس من ذلك يجب أن يعمل على وقف الضرر اذا كان ذلك لا يقتضيه سوى بذل جهد معقول •

هل يجوز الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظف الذى يصاب بسبب تأدية أعمال وظيفته ؟ (*) :

حكمت محكمة استئناف مصر فى ١٧ نوفمبر ١٩٣٥ بأن المكافأة الاستثنائية التى يمنحها الموظفون والمستخدمون الذين يصبحون غير قادرين على الخدمة بسبب حوادث قد نشأت بداهة عن تأدية أعمال وظيفتهم كما نص على ذلك فى المادة ٣٣ وما بعدها من قانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ لا تتعارض مع التعويض الواجب لهم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية عند ثبوت وقوع الضرر بخطأ المصلحة التابع لها الموظف ، لأن المكافأة الاستثنائية تمنح بسبب الحوادث القهرية التى قد تنشأ عن العمل فى ذاته والأذى أو المرض الذى يصيب المرضى بسبب طبيعة العمل (المحاماة ١٧ - ١٠٢ - ٢٥ ، وفى هذا المعنى بالنسبة لقانون المعاشات العسكرية (١٩٣٠) نقض جنائى ٨ ديسمبر ١٩٤١ ميثاق إليه فى المحاماة ٢٦ - ٥٨٦ - ٢٢١ منشور فى المحاماة ٢٢ - ٦٠٣ - ١٩٧) .

فهل قصدت المحكمة أن تعطى الموظف الذى أصيب فى حادث ثبت فيه خطأ المصلحة التابع هو لها حق مطالبتها بجميع الأضرار التى أصابته بسبب هذا الحادث بصرف النظر عن المكافأة الاستثنائية التى يكون قد استولى عليها طبقاً لقانون المعاشات ؟ لو كان الأمر مقصوراً على المكافأة العادية التى يستحقها الموظف عن مدة خدمته وفى غير حالة حصول حوادث ، ما ترددنا فى موافقة محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه ، لأن المكافأة العادية ناشئة عن مدة الخدمة ، والحق فى التعويض أساسه الخطأ الذى سبب الضرر ، فلا مانع من الجمع بينهما . أما المكافأة الاستثنائية فهى نوع من التعويض الجزا فى indemnité forfaitaire يمنحه الموظف إذا أصيب فى حادث نشأ بداهة عن تأدية أعمال وظيفته (الفقرة الأولى

من المادة ٣٣ من قانون المعاشات المشار اليه) ، بل الأقرب الى الحقيقة أن المكافأة الاستثنائية تشمل المكافأة العادية (بدليل أنها تجب هذه المكافأة العادية وأنها تحسب على أساس مدة الخدمة) ، وتشمل أيضا التعويض الجزاف الذي قرره الشارع لمن يصابون في أثناء وبسبب تأدية وظائفهم ، ذلك التعويض المقرر بحكم القانون تأسيسا على نظرية تحمل التبعة ومخاطر الحرفة لتخفيف الضرر عن المصابين في حالة عجزهم عن اثبات الخطأ على رب العمل ، ويؤيد ذلك ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٣٥ من قانون المعاشات حيث نصت على أنه « في حالة ما اذا ثبت من الكشف الطبي أن صاحب المعاش قد شفى من الجروح التي أصابته بسبب تأدية أعمال وظيفته يشطب المعاش الاستثنائي المرتب له ويمنح ما يستحقه من المعاش أو المكافأة على واقع مدة خدمته مضافا اليها ثلاث سنوات ، ما لم يكن أعيد الى خدمة الحكومة . وفي هذه الحالة الأخيرة يشطب المعاش الاستثنائي وعند إحالته على المعاش ثانيا تحسب له مدة خدمته السابقة واللاحقة لعودته الى الخدمة مضافا اليها ثلاث سنوات في تسوية معاشه أو مكافأته بصفتهاية » .

ويؤيد أيضا ما في المكافأة الاستثنائية من معنى التعويض نص الفقرة الخامسة من المادة ٣٦ والفقرة الثانية من المادة ٣٩ حيث جاء فيهما « أنه يرخص لنظارة المالية في الأحوال الاستثنائية ٠٠٠ أن تمنح المعاش بحسب ما تراه مناسبا لشدة الاصابة بالجرح » . ومن المسلم به في جميع القوانين الحديثة أن نص الشارع على التعويض الجزاف الذي يجب على رب العمل بحكم القانون لا يحول دون حصول العامل المصاب على تعويض كامل لجميع الأضرار التي لحقتة اذا استطاع أن يثبت مسئولية رب العمل وفقا للقواعد العامة ، ولكنه لا يجوز له أن يجمع بين التعويض الجزاف الذي قرره الشارع احتياطا والتعويض الكامل الناشئ عن المسئولية التقصيرية (أنظر مازو نبذة ٢٦٥) ، لأنه متى حق له التعويض الكامل أصبح حكم التعويض الجزاف غير منطبق عليه .

وبناء على ذلك نرى أنه متى ثبت خطأ المصلحة - كالحال في القضية التي فصل فيها حكم الاستئناف - استحق الموظف التعويض الكامل ولم يعد له حق في التعويض الجزاف ، مع عدم الإخلال بحقه في المكافأة العادية عن مدة خدمته ، فإذا استولى على المكافأة الاستثنائية التي تشمل التعويض الجزاف ، ثم طالب بالتعويض الكامل ، وجب تخفيض مكافأته إلى حد المكافأة العادية واحتساب الفرق بينها وبين المكافأة الاستثنائية التي حصل عليها ، من أصل التعويض الكامل الذي يستحقه طبقاً للقواعد العامة .

وقد أخذت برأينا محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٣ فبراير ١٩٤٤ (المحاماة ٢٦ - ٥٨٦ - ٢٢١) .

عدم جواز الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظف الذي يصاب بسبب تأدية وظيفته (*) :

في ١٧ نوفمبر ١٩٣٥ أصدرت محكمة استئناف مصر حكماً قررت فيه أن المكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظفون والمستخدمون الذين يصبحون غير قادرين على الخدمة بسبب حوادث قد نشأت بداهة عن تأدية أعمال وظيفتهم كما نص على ذلك في المادة ٣٣ وما بعدها من قانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ لا تتعارض مع التعويض الواجب لهم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية عند ثبوت وقوع الضرر بخطأ المصلحة التابع لها الموظف ، لأن المكافأة الاستثنائية تمنح بسبب الحوادث القهرية التي قد تنشأ عن العمل ذاته والأذى أو المرض الذي يصيب المرضى بسبب طبيعة العمل (المحاماة ١٧ - ١٠٢ - ٢٥) .

وقد علقنا على ذلك الحكم في حينه ، وبيننا أن المكافأة الاستثنائية

تتضمن — فيما يجاوز مقدار المكافأة العادية — نوعاً من التعويض الجزاف indemnité forfaitaire الذي قرره الشارع لمن يصابون في أثناء وبسبب تأدية وظائفهم ، وكان من رأينا — خلافا لما ذهبت اليه محكمة الاستئناف في ذلك الحكم — انه لا يجوز الجمع بين هذا التعويض الجزاف وبين التعويض الكامل الخاضع للقواعد العامة لأن الغرض من التعويض جبر الضرر لا الاثراء ، وهذا الغرض يتحقق بأحد التعويضين ، فلا محل لاجازة الجمع بينه وبين التعويض الآخر . وقلنا انه اذا استولى الموظف على المكافأة الاستثنائية التي تشمل التعويض الجزاف ، ثم طالب بالتعويض الكامل ، وجب تخفيض مكافأته الى حد المكافأة العادية وحساب الفرق بين هذه المكافأة والمكافأة الاستثنائية التي حصل عليها واستنزاه من أصل التعويض الكامل الذي يستحقه طبقاً للقواعد العامة (القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ١ — ٣٥٤ وما بعدها) .

وفي قضية أخرى أيدت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض ما سبق أن ذهبت اليه محكمة الاستئناف في حكمها سالف الذكر فقررت بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٤١ (المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧) أن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند اصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث في وقائع حربية أو في مأموريات أمروا بها لا دخل فيه للتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من يكون سبب له الاصابة عن عمد أو تقصير منه . وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاش أو في التعويض . اذ المعاش مقرر بقانون خاص ملحوظ فيه ما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات في سبيل غاية من أشرف الغايات ، فهو بهذا الاعتبار — فيما يزيد على ما يستحقه المصاب على أساس مدة خدمته وما استقطع من راتبه — ليس الا مجرد منحة مبعثها التقدير لمن أقدم على تحمل التضحيات في خدمة بلده دون التفات الى مصدر هذه التضحيات ان كان فعلاً مستوجبا مساعلة أحد عنه ، أو كان غير ذلك ممناً لا يمكن أن يسأل عنه أحد . أما التعويض فالمرجع فيه الى القانون العام

الذى يوجب على كل من تسبب بفعله في ضرر غيره أن يعرضه عن هذا الضرر جزاء تقصيره فيما وقع منه . وتقديره موكل للقاضي يزنه على اعتبار ما خسره المضرور وما فات عليه من فائدة ، بخلاف المعاش خانه محدد في القانون بمقادير ثابتة . وإذا كان المعاش لم يلاحظ فيه أن يكون تعويضا عن الأضرار الناشئة عن اصابات ، فإن الاصابة اذا كانت ناشئة عن فعل مستوجب لمباعدة فاعله مدنيا فلا يجوز أن يحسب للمعاش حساب في تقدير التعويض المقتضى دفعه عنها للمصاب ولو كانت الحكومة هي المزمة بالتعويض مهما كانت صفتها في ذلك . ولا يصح إذن في هذا الصدد القول بأن اعطاء التعويض عن الاصابة مع ربط المعاش من أجلها فيه جمع بين تعويضين عن ضرر واحد .

ويؤخذ من الأسباب التي بنى عليها هذا الحكم جواز الجمع بين التعويض وبين المكافأة الاستثنائية أو المعاش الخاص الذي يمنحه رجال العسكرية الذين يصابون في أثناء تأدية وظيفتهم أن المكافأة أو المعاش لا يعتبران في هذه الحالة تعويضا عن الضرر ، بل منحة ملحوظا غيرها ما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمضاطر وبذل التضحيات في سبيل غاية من أشرف الغايات ، ومبعضها التقدير لمن أقدم على تحمل التضحيات في خدمة بلده .

غير أنه بالرجوع الى أحكام قانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ يتضح أن الضابط أو العسكري المصاب بمنح معاشا خاصا أو مكافأة استثنائية تقدر ، بصرف النظر عن مقدار مدة خدمته ، حسب درجة خطورة اصابته وفقا للمفئات المبينة في المادتين ٣١ و ٣٢ ، وهذا معناه أن المكافأة أو المعاش في هذه الحالة يقدران بمقدار الضرر ، مما يجعل لهما صفة التعويض القانوني ، بل ان المشرع قد رأى أن هذا التعويض المحدد بنص القانون قد يقصر في بعض الأحوال عن جبر الضرر جبرا كاملا ، فخص بالذكر في الفقرة الثالثة من المادة ٣١ الحالة التي تكون فيها الجروح المنصوص عليها في هذه المادة من شأنها منع الضابط من اكتساب معاشه وأجاز فيها لوزير المالية بناء على طلب وزير الحربية

زيادة مقدار المعاش الى الحد الذى يراه مناسبا . ولم يكتف بالنص على هذه الحالة الخاصة ، بل ضمن المادة ٣٧ نصا عاما يجيز لمجلس الوزراء أن يقرر بناء على اقتراح وزيرى المالية والحربية ولأسباب يكون تقديرها موكولا الى المجلس منح معاشات استثنائية أو زيادات ، معاشات ومكافآت استثنائية الى أحد رجال الجيش المحالين الى المعاش أو الذين يفصلون من خدمة الجيش أو لعائلات من يتوفى من رجال الجيش وهم فى الخدمة أو بعد إحالتهم الى المعاش . كل هذا يدل فى وضوح تام على رغبة المشرع فى أن يبلغ المعاش الخاص أو المكافأة الاستثنائية فى أغلب الأحوال قدرا كافيا يجبر كل ما يحق بالضابط أو العسكرى من ضرر .

ومما يؤيد الصفة التعويضية لهذه المكافأة أو المعاش الاستثنائية أن المشرع جعل المعاش رهونا باستمرار الضرر ، حيث نص فى المادة ٣٤ على أنه اذا ثبت من الكشف الطبى أن صاحب المعاش قد شفى يشطب المعاش الخاص المرتب له ويمنح ما يستحقه من المعاش أو المكافأة على واقع مدة خدمته مضافا اليها ثلاث سنوات (الفقرة الثالثة) . أما اذا تجاوز صاحب المعاش الخاص سن الخمسين دون أن يشفى أو اذا ثبت أن الجرح أو العاهة أو المرض غير قابل للشفاء فيقيد المعاش الخاص بصفة نهائية للضابط وللصف ضابط والعسكرى .

أما القول بأن المعاش الخاص أو المكافأة الاستثنائية منحة مبعثها التقدير لما تقتضيه طبيعة الأعمال العسكرية من الاستهداف للمخاطر وبذل التضحيات فى سبيل الوطن ، فينفيه أن هذه الأحكام المتعلقة بالمكافآت والمعاشات الاستثنائية فى قانون المعاشات العسكرية لها ما يقابلها فى قانون المعاشات الملكية رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٩ ، وكذلك فى القانون السابق عليه رقم ٥ لسنة ١٩٠٩ ، مما يدل على أن هذه المعاشات والمكافآت الاستثنائية لم يقصد بها أن تكون منحة خاصة للعسكريين دون سواهم (*) ، بل تعويضا لكل موظف عن الأضرار التى تصيبه

(*) واذا فرضنا ما ذهب اليه المحكمة من أن المعاشات والمكافآت =

بسبب تأدية وظيفته ، تعويضا غير مشروط بوقوع خطأ من قبل الحكومة لأنه مبني على فكرة تحمل التبعة *risque* التي اعتبرت منذ نهاية القرن الماضي في أكثر البلاد المتحضرة أساسا للقرام رب العمل بتعويض عماله عن اصابات العمل والتي أخذ بها المشرع المصري في قوانين المعاشات المذكورة ثم في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص باصابات العمل .

ومن المسلم في جميع القوانين الحديثة أن نص المشرع على التعويض الجزاف الذي يجب على رب العمل بحكم القانون لا يحول دون حصول العامل المصاب على تعويض كامل لجميع الأضرار التي لحقت به اذا استطاع أن يثبت مسؤولية رب العمل وفقا للقواعد العامة (*) . ولكنه لا يجيز له أن يجمع بين التعويض الجزاف الذي قرره المشرع احتياطيا والتعويض الكامل الناشئ عن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، لأنه متى حصل المصاب على التعويض الكامل انجبر الضر ولم يعد هناك محل للتعويض الجزاف (أنظر بوجه خاص فيما يتعلق

= الاستثنائية بمعناها التقدير لما تقتضيه طبيعة الاعمال العسكرية من استهداف للمخاطر ومن توضيحات ، فإن هذا لا ينفي أن الغرض المقصود بهذه المعاشات والمكافآت هو جبر الضرر كما بيناه . والعبرة فيها بالفرض المقصود *but* لا بالباعث *mobile* .

(*) أما ما نص عليه المشرع المصري في المادة الرابعة من قانون اصابات العمل (القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) من أنه « لا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد صاحب العمل بأى قانون آخر خلاف هذا القانون ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب صاحب العمل » ، فإنه نص استثنائي لم يرد له مقابل في أكثر التشريعات المماثلة ، وقد اقتضته عندنا ضرورة رعاية جانب الصناعات الناشئة والتخفيف عنها بعض الشيء في مقابل ما فرضه عليها هذا القانون من التزامات ، وقد ضيق المحاكم تطبيق هذا النص الاستثنائي وتوسعت فيما يعتبر خطأ ناهضا من رب العمل ويرر الرجوع الى احكام القانون العام (انظر فرونين نبذة ١٧٣ من موضوع المسؤولية المدنية وقرن نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٤٢) (الحماية ٢٣ — ٢٨٧ — ١٦٩) . وعلى أى حال فإن هذا النص لم يرد مثله في قانون المعاشات العسكرية الذي طبقه الحكم محل هذا التعليق ولا في قوانين المعاشات الملكية التي أشرنا إليها .

بالموظفين العسكريين ، ديموج ج ٦ نبذة ٢٥٠ ، مازو نبذة ٢٦٤ ، وفيما يتعلق بالموظفين المدنيين مازو نبذة ٢٦٥ والشرح والأحكام المشار إليها فيهما) . . .

وقد أخذت بذلك الدائرة المدنية لمحكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ٣ فبراير ١٩٤٤ قررت فيه « أن حادثة وفاة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات (القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩) قد يترتب عليها أيضا التزام من يكون مسؤولا عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني ، ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة وأجاز زيادتها تبعا لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان وإن كانا مختلفين في الأساس القانوني ، فإنهما متحدان في الغاية وهي جبر الضرر الواقع للمضرور . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملا متكافئا لتطور الضرر ، لا يجوز أن يكون زائدا عليه ، لأن كل زيادة تكون أثرا لا سبب له . ومن ثم فإنه عندما تكون الحكومة مسؤولة أيضا عن التعويض الذي أساسه القانون المدني يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المستحق » . ولم يفت المحكمة أن تلاحظ أن المكافأة الاستثنائية ليست كلها تعويضا ، بل إن جزءا منها يمثل المكافأة العادية التي تستحق لورثة المستخدم عند وفاته وغاية طبيعية والتي تقدر حسب مدة خدمته ولا تكون لها علاقة بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فلم تستنزل من قيمة التعويض المستحق طبقا للقانون المدني إلا الفرق بين المكافأة العادية والمكافأة الاستثنائية باعتبار أن هذا الفرق وحده هو الذي له صفة التعويض . وفي هذا المعنى أيضا نقض مدني ٢٧/١٠/١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٧ ، رقم ٣ . (قارن تعليقنا السابق الإشارة إليه) .

ونحن لا يسعنا إلا التنبيه الى المبادئ التي قررها هذا الحكم ،

مخالفاً بها ما قررته محكمة النقض في حكمها السابق ، لأننا نرى فيها المبادئ السليمة التي تتفق مع التكيف الدقيق للمكافآت والمعاشات الاستثنائية ، ذلك التكيف الذي يترتب عليه عدم جواز الجمع بين هذه المعاشات والمكافآت — فيما يجاوز قدر المعاشات والمكافآت العادية — وبين التعويض الكامل الذي يستحق طبقاً للقواعد العامة .

تطبيق على حكم نقض مدني

في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه (*)

إذا توفي المجنى عليه قبل أن يستوفي حقه في التعويض ، أهينقل حقه من بعده الى ورثته ؟

قررت محكمة النقض بتاريخ ١٤ مارس ١٩٤٤ (في القضية رقم ١١ سنة ١٤ قضائية) أنه « إذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه » ، فلو ولد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذي لحق ابنه من جرائمه ، لأن من حقه بصنفته وارثاً له أن يطالب بتعويض الضرر المادي والأدبي الذي سببته الجريمة لورثته على اعتبار أن هذا الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المورث ، ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في التعويض ، فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض » (المحاماة ٢٦ — ٥٦٥ — ٢١٢) .

ويظهر بادي الرأي من ذلك أن محكمتنا العليا قررت بهذا الحكم اجمالاً مبدأ انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته في جميع الأحوال زاماً كان المصاب لم يطالب بهذا الحق قبل وفاته مادام لم يتنازل عنه صراحة ولا ضمناً ، وأنها لم تستثن من هذا المبدأ الا حالة الجرائم التي

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة عدد مايو ١٩٤٨ .

تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه • هما المقصود بهذه الجرائم المستثناة ؟ المعروف أن الجرائم التي تتوقف المحاكمة فيها عندنا على شكوى المجنى عليه هي جرائم الزنا دون غيرها • فإذا كان ذلك هو المقصود فترتب عليه — وفقا لمباراة محكمة النقض — جواز انتقال الحق في التعويض الى ورثة المصلب في جميع الأحوال فيما عدا الحق في التعويض البذى ينشأ من جريمة الزنا (١) • غير أننى أستبعد أن تكون محكمة النقض قصدت ذلك كما سألينه فيما بعد •

ويلاحظ بعد ذلك على المبدأ الذى قرره هذا الحكم بهذه الصيغة المطلقة أنه يتعارض مع الأحكام السابقة التى جرت عليها المحاكم المصرية وطنية كانت أو مختلطة ، وحسبنا بياننا لذلك أن نورد فيما يلى بعض ملخصات هذه الأحكام •

عن قضاء المحاكم الوطنية :

— ان صفة الوراثة ليست بمفردها كافية للحكم بالتعويض ، وان الحق المخول لورثة القتل في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقهم حق نسبى قابل للتجزئة ، أى انه خاص بكل وارث على حدة وبنسبة الضرر الذى لحقه شخصيا • فإذا حكم لبعض الورثة بالتعويض في دعوى سابقة فهذا لا يمنع بقية الورثة من رفع دعوى أخرى يطلبون فيها تعويضا عما لحقهم هم أيضا من الضرر • وعلى الآخرين في هذه الحالة أن يثبتوا الضرر المادى الذى لحقهم بسبب قتل مورثهم (استئناف ١٣ يناير ١٩١٤ المجموعة ١٥ — ٧٣ — ٣٥ ، وفي هذا المعنى أيضا استئناف مصر ٢٥ فبراير ١٩٣٧ الحاماة ٧ — ٨٧٣ — ٤٩٨ ، و ٧ فبراير ١٩٢٨ الحاماة ٨ — ٨٦٦ — ٥٢١) •

— وانه ليس لورثة المجنى عليه الرجوع بالتعويض اذا لم يثبتوا حصول ضرر لهم من الحادثة باثبات تولى المجنى عليه الانفاق عليهم في

حياته (استئناف مصر ٣ يناير ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ١٦٤ — ٤٦٥) •

— وإن المال الذى تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضاً عن موت مورثه ليس مالا متروكاً عن المورث ، بل هو تعويض شخصى يعطى للوارث من باب السلوى عما فقدته من النفع ، ونكسب به من الخسارة ، وفجع فيه من عز العائل وعونه ، فلا يجوز لدائن المورث أن يحجز عليه وفاء لدينه الذى كان على المورث (مصر. الابتدائية ١٠ ديسمبر ١٩٢٣ المحاماة ٤ — ٤٥٦ — ٣٥٢) •

— وإن التعويض الذى يحكم به لورثة المجنى عليه لا يعتبر تركة عن المورث ، ومن ثم لا يكون تقسيمه طبقاً للأحكام الشرعية ، ولا يتعين أن يشترك فيه جميع الورثة بل يقتصر فى تقسيمه على الورثة الذين طالبوا بالتعويض ، ولا محل لاعتبار المبلغ فى حكم الدية لأنه متى كان هناك قصاص فلا دية شرعاً (المجلس الحسبى العالى ٢ نوفمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٥ — ١٨٧ — ١٠٠) •

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة :

— أن دعوى التعويض ضد المتسبب فى الحادثة لا تعتبر من ثروة المجنى عليه لأن الحق فى التعويض حق شخصى ولا يقاس الا بمقدار الضرر الحاصل للوالدين وليس لهما هذا الحق باعتبار أنهما ورثة فقط (أول يونيو ١٩٣٥ (٤٧ ص ٣٤٩) المحاماة ١٦ — ٩٨٩ — ٤٦١) •

— وإن ورثة المجنى عليه ليس لهم بهذه الصفة أى حق على التعويض الذى يستحق بسبب وفاة مورثهم ، لأن هذا التعويض لم ينشأ الا نتيجة لموت المورث وبالتالي لم يدخل قط فى ذمته المالية وإن التعويض فى هذه الحالة يكون مستحقاً لأقارب المجنى عليه الذين أصابهم من وفاته ضرر [٢١ نوفمبر ١٩٣٥ (٤٨ ص ٣٣)] ، كأن يكونوا فقدوا بوفاة المجنى عليه عائلهم [٢ يونيو ١٩٣٧ (٤٩ ص ٢٤٧) ، ٢٣ فبراير ١٩٣٨ (٥٠ ص ١٤٣)] •

— وأن نصيب كل منهم في التعويض يقدر بمقدار الضرر الذى أصابه ، دون نظر الى حصته في الميراث .] ٢٩ نوفمبر ١٩٢٣ (٣٦ ص ٥٨) والغازيت ٢٥ - ٧١ - ١١٢] .

— وأن حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب المجنى عليه في عادثة (كالألم الجسمانى والاضطراب النفسى) حق متصل بشخصه مقصود به إيصال التعويض اليه شخصيا ، فهو حق غير داخل في ذمة المجنى عليه المالية وغير قابل للانتقال بسبب الوفاة فينقضى بوفاة المجنى عليه قبل تقريره ولو حصلت المطالبة به قبل الوفاة [١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧)] .

— وأن أفراد أسرة المجنى عليه ليس لهم بصفتهم ورثة أن يطالبوا بتعويض عن الآلام التى عاناها المجنى عليه نتيجة للحادث ، وإنما لهم فقط أن يطالبوا بتعويض عما يكون قد أصابهم شخصيا من الأضرار بسبب الحادث الذى أفضى الى موت مورثهم [٤ مايو ١٩٣٨ (٥٠ ص ٢٧٩)] .

أفتكون محكمة النقض قد قصدت بحكمها سالف الذكر أن تقرر فيما يتعلق بانتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته مبدأ يخالف ما جرى به قضاء المحاكم الوطنية والمختلطة من قبل ؟ لأبد في الاجابة عن هذا السؤال من بحث وتفصيل ، لأن في المسألة مسورا مختلفة تتطلب كل منها جلا مغايرا لما تقتضيه الصور الأخرى ، فلا بد من استعراض هذه الصور المختلفة وبيان ما قرره بشأن كل منها الأحكام السابقة وتعيين الصورة التى فصلت فيها محكمة النقض بحكمها محل هذا التعليق .

وتختلف هذه الصور باختلاف نوع الضرر الذى يصيب المجنى عليه .

فالضرر نوعان : مادى وأدبى . والمادى هو الذى يسبب للإنسان

خسارة مالية ، سواء أصابه مباشرة في ماله (أى في حق من الحقوق التى تدخل في تقويم ثروته) أو أصابه في جسمه إصابة أفقدته قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو في سمعته إصابة حولت عنه عملاءه . والضرر الأدبى هو الذى يصيب الإنسان في جسمه إصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية . وقد تبلغ الاصابة الجسمية حد الموت فتسبب للمجنى عليه ضررا ماديا وأدييا .

وَأرى قبل الدخول في التفاصيل أن أبدي ملاحظتين :

الأولى : أنه في جميع الصور — عدا حالة الاصابة الجسمية التى تؤدى بحياة المجنى عليه فوراً — يملك المصاب أن يتنازل عن حقه في التعويض ، فإن فعل انتقضى بالتنازل حقه ولم يعد له أثر في ذمته المالية ولا في تركته وامتنع بالتالى انتقاله الى الورثة . وبالعكس من ذلك اذا طالب المصاب بالتعويض وحكم له به وحاز الحكم قوة الشيء المحكوم به أصبح حقه في استيفاء التعويض بلا نزاع عنصرا من عناصر ثروته ينتقل بعد موته الى ورثته . فلا صعوبة اذن ولا خلاف في هذين الفرضين . أما الصعوبة والخلاف وتباين الأحكام ففي الحالة التى يكون المجنى عليه فيها لم يصدر منه حال حياته تنازل عن حقه في التعويض ولا هو حصل على حكم نهائى قضى له بهذا الحق .

والملاحظة الثانية : أن الضرر الأسمى الذى يسببه الفعل الضار لشخص معين قد يرتد عنه ضرر آخر *par ricochet* يصيب شخصا أو أشخاصا آخرين كالإشفاص الذين كان المجنى عليه الأسمى يعولهم والأشخاص الذين كانوا يعزونه الخ . فهذا الضرر المرتد يخلو من يصيبه — والغالب أن يكون وارثا لمن أصابه الضرر الأسمى — حقا في التعويض مستقلا عن حق المجنى عليه الأسمى يتميز عنه ولو اجتمع الحقان في يد وارث هذا الأخير بعد موته . فحق المجنى عليه الأسمى حق شخصى له ينقضى بتنازله عنه حال حياته ، فإن لم ينقض بذلك تخلف

عن صاحبه بعد موته ، وجاز لدائنيه أن يستوفوا منه حقوقهم والباقي منه بعد ذلك يؤول الى جميع الورثة حسب أنصبتهم الشرعية — وإذا طالب به أحد الورثة وحكم له بأن في ذلك ممثلاً لباقي الورثة واجبا عليه أن يقتسم معهم ما حكم له به ولم يجز لغيره من الورثة أن يطالب بهذا الحق مرة أخرى . أما حق التعويض عن الضرر المرتد على الوارث ، فحق شخصي يثبت لكل وارث ارتد عليه ضرر ، وأساسه هذا الضرر المرتد لا الضرر الأصلي وإن كان مصدرهما فعلاً واحداً ، فيقاس بقدر هذا الضرر ولا تكون له صلة بالورث مطلقاً ، فلا يتأثر بتنازله عنه حال حياته ، ولا يوجد في تركته بعد وفاته فلا يكون لدائنيه حق عليه ولا يقسم بين ورثته حسب الفريضة الشرعية ، وإذا طالب وارث بتعويض ما ارتد عليه من ضرر فإن هذا لا يمنع غيره من الورثة أن يطالب كل منهم بما ارتد عليه هو من ضرر آخر .

ولنعرض الآن مختلف الصور التي أشرنا إليها :

١ — الضرر المادي الذي يصيب المال مباشرة :

لا نزاع في أن الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في ماله يفوله حقاً في التعويض يعتبر حقاً مالياً يثبت في ذمته المالية ويبقى في تركته بعد وفاته مادام هو لم يستوف هذا الحق أو يتنازل عنه حال حياته ، وسواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته أم لم يطالب ، أم طالب ولما يحكم له . (مازو نبذة ١٩٠٣ ، سوردان ١ نبذة ٥٣ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعي بك نبذة ٣٣٥ ، العميد القلبي بك في تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٠) .

٢ — الضرر المادي الذي يصيب المال من طريق إصابة الجسم :

أما الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في جسمه دون أن يودى بحياته ، فكانت محكمة السين في فرنسا قد حكمت في ٩ يونيو ١٨٦٩ بأنه

لا يخول المجنى عليه الا حقا شخصيا بحيث لا ينتقل من بعده الى ورثته .
غير أن لابييه Labbé صاحب التعليقات الشهيرة انتقد هذا الحكم وقال
بوجوب التفرقة بين الضرر المادى الذى يصيب الانسان فى جسمه وبين
الضرر الأدبى الذى ينشأ من مثل هذه الاصابة وبضرورة الاعتراف بأن
الحق فى تعويض الضرر الجسمى المادى ينتقل الى الورثة . وقد أجمع
الفقه والقضاء منذ ذلك الحين على الأخذ برأى لابييه فى هذا الشأن
(أنظر بيدان الطبعة الأولى ج ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ، نقض
فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٢) ، ولم يشذ عن هذا
الرأى سوى اسمان فى مقال له فى غازيت القضاء بتاريخ ٢٥ يونيه
١٩٣٥ عنوانه هل يجب التعويض للموتى ؟

٣ — الضرر الأدبى :

أما غيما يتعلق بالضرر الأدبى سواء أكان ايلاما يصيب الانسان فى
جسمه أو اizard لماعطته أو مساسا بشرفه أو كرامته ، فقد كان حق
تعويضه محل جدال انتهى بتقريره . (مازو نبذة ٣١٢ وما بعدها ،
مصطفى مرعى بك نبذة ١٢٤) . غير أن طبيعة هذا الحق بقيت محل
خلاف الى الآن . فقال فريق بأن الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى
حق شخصى بحيث يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة
الانسان على تقدير المجنى عليه له ومطالبته به ، فإذا توفى المجنى عليه
قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته
وامتنع انتقاله الى ورثته (هيك ج ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان الطبعة الأولى
ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانيول وريبير ج ٢ نبذة
١٠٠٨ ، بلانيول وريبير واسمان المطول ج ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسيين ريبير
فى رسالتها نبذة ١٣٠ ، ساغاتييه فى المسئولية المدنية ج ٢ نبذة ٦٢٢
و ٦٢٩ وتعليق فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠
رقم ٢٢ وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — ٢ — ٩ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة
٢٥٣ ، ومن هذا الفريق فى مصر عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص

٣٣٥ نبذة ٧٩٤ ، وزميلنا الأستاذ حشمت أبو ستيت في الالتزامات ص
٣٣١ نبذة ٤٦٧) •

وقد أخذ بهذا الرأي كل من المشرع الألماني (في المادة ٨٤٧)
والمشرع الأرجنتيني (في المادة ١١٣٣) ، كما جرت به أحكام المحاكم
المصرية والمحاكم الفرنسية الى عهد قريب (نقض فرنسي ٢ أغسطس
١٩٣٣ سري ١٩٣٣ — ١ — ٣٦٥ ، استئناف مختلط أول ديسمبر ١٩١٥
(٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨) (٣٠ ص
٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٦٢ —
(١١٥) • غير أن محكمة الاستئناف المختلطة لم تكف بهذا القدر من
التضييق في انتقال حق المصاب الى ورثته ، وقررت أنه لا يكفي لانتقال
حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب
أن يصبح هذا الحق مقرا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائي واما باتفاق
بين الطرفين (استئناف مختلط ١٥ يونيو ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧) • وبهذا
التضييق أخذ مشروع تنقيح القانون المدني في صيغته الأولى (المادة
٢٣٨ فقرة أولى) ، ولكنه عدل عنه في صيغته التي عرضت على مجلس
النواب (المادة ٢٢٩ فقرة أولى) حيث اكتفى في انتقال حق التعويض عن
الضرر الأدبي الى الورثة بأن يكون هذا الحق قد تحدد بمقتضى اتفاق
أو طوبى به أمام القضاء •

غير أن هذا الرأي يعوزه السند القانوني وليس من الصعب
تفنيده • فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر
الأدبي لا يدخل في ذمة المجنى عليه المالية إلا متى حصلت المطالبة به •
وهذا الزعم لا يتفق مع المبادئ العامة • فإن من المسلم أن الحق في
التعويض — سواء في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي والتعويض عن
الضرر المادي — ينشأ عن الفعل المضار ومن وقت وقوع هذا الفعل ،
غلا محل لتعليق نشوء الحق في تعويض الضرر الأدبي على المطالبة به •
خلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق ، لأنه إذا كان الحق لا يوجد

ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به : فان هذه المطالبة ذاتها تكون غير جائزة ، وبالتالي يستحيل نشوء هذا الحق .

وهم يدعون (أيضا) ان وفاة المجنى عليه دون أن يطالب بهذا الحق دليل على تنازله عنه ، ولكن يرد هذا الادعاء بأن التنازل لا يفرض ، وبأن سكوت المجنى عليه عن المطالبة لا يفيد حتما انه تنازل عن حقه ، بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى انه كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله في الاتفاق .

وهم يقولون (أخيرا) ان حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المجنى عليه فلا يجوز لغيره أن يباشره ، ويستدلون على ذلك بالمادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ التي تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينتهم الدعاوى التي تنشأ عن مشاركاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه *sauf les actions purement personnelles* كما ورد في النص الفرنسي للقانون المصري أو *à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* كما ورد في نص القانون الفرنسي . وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب ، لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية وانه يتخلف عنه بعد وفاته فينتقل الى ورثته في ضمن محتويات تركته ، ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد في النص المشار اليه بشأن الدائنين ، لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه خلافا لدائنيه حال حياته .

لذلك قال فريق آخر بانتقال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم يتنازل عنه (لاييه في تعليقه في سيري ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست تطبيق في سيري ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردان ١ نبذة ٥٧ ، بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران

في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٨ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Cuillhou في بحث له في تعويض الآلام الجسمية التي يتحملها المجنى عليه الذي يقضى نحبه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ ج ٢ ص ٣٦ من القسم الفقهي ، مازو نبذة ١٩٠٩ ، وتعليقاتهما في مجلة القانون المدني الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ ، وفي دالوز الانتقادي ١٩٤٣ — ١ — ٤٥) ، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩) وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية (أنظر الأحكام العديدة التي ذكرها بيرسون ودي غيليه ج ١ نبذة ٢١٢) ، كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين حديثين (باريس ٢٩ يناير ١٩٣١ غازيت نئضاء ١٩٣١ — ١ — ٦٩٤ ، ١٥ يونيو ١٩٣٧ مشار إليه في مقال جيلهو سلف الذكر) ، وأقرته أخيراً محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٨ يناير ١٩٤٣ (دالوز الانتقادي ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ وتعليق ليون مازو) (١) ، أي قبل صدور حكم النقض المصري. مط هذا التعليق بعام واحد .

٤ — الضرر الذي يصيب الإنسان في حياته أو ضرر الموت (*) :

وإذا كانت نتيجة الفعل الضار القضاء على حياة المجنى عليه ، سواء أكان ذلك فوراً أم بعد فترة من الزمن ، نشأت صعوبة جديدة فيما يتعلق بثبوت حق للمجنى عليه في التعويض عن موته — حقوقه في

(١) وهناك ملخص المبدأ الذي قرره هذا الحكم :
(*) أنظر تعليقنا على الحكم في مسئولية الناقل الجوي للركاب وخاصة مسئولياته من حدوث الموت هي

«L'action en réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée, avant son décès, par la victime d'un accident mortel, née dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers, bien que le de cuius ne l'ait pas intentée de son vivant, dès lors qu'il n'a accompli aucun acte impliquant renonciation».

التعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية السابقة على الموت ان وجدت .
ومنشأ الصعوبة ان فقد الحياة — وهى أثمن شئ للإنسان — يعتبر
أبلغ الأضرار التى تصيب الشخص وتستوجب التعويض ، ولكنه فى
الوقت ذاته يقضى على شخصية الإنسان وعلى صلاحيته لتعلق الحقوق
به . فكيف يمكن القول بأن موت المجنى عليه ينشئ له حقا فى التعويض
عن فقد حياته ينتقل الى ورثته مع تركته ؟

اختلفت الشراح والمحاكم فى هذا الشأن اختلافا كبيرا .

فوقف فريق منهم عند هذه الصعوبة لا يجد لها حلا ، واضطر الى
التسليم بأن ليس للمجنى عليه ولا لتركته حق فى التعويض عن موته
وليس لورثته أن يطالبوا الا بما أصابهم شخصا من أضرار بسبب موت
مورثهم (محكمة السين الفرنسية ٩ يناير ١٨٧٩ سبرى ٨١ — ٢ —
٢١ وتعليق لابييه ، تولوز ١٧ أبريل ١٩٠٢ سبرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١
وتعليق لأكوست ، باريس ١١ يوليه ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ —
٢ — ٦٥٠ ، باريس ٨ أبريل ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ — ٣٣٩ ،
جوسران فى كتاب النقل نبذة ٩٢٢ وعدة تعليقات فى دالوز ١٩٢٩ — ٦ —
١٦١ ، ١٩٣٠ — ١ — ٢٥٠ ، ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ ، ساغاتيه فى المسؤولية
المدنية ج ١ ص ١٢٤ نبذة ٥٤٦ ، بيرسون ودى غيليه فى المسؤولية المدنية
ج ١ ص ٤٦٣ ، دابان Dabin فى بحث منشور فى مجلة بلجيكا
القضائية ١٩٣٥ ص ١٥ الى ص ٢٢ ، العميد القللى بك فى تحقيق
الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٣ ، ريكول فى دروسه فى المسؤولية المدنية،
القاهرة ، ١٩٢٨ — ١٩٢٩ ص ١٣٨) .

ويبرر هذا الفريق الأول رأيه بأن كل نفس ذائقة الموت ان أجلا
أو عاجلا فلا محل لطلب تعويض عن الموت فى ذاته ، ولا سيما أن الميت
لا يحس شيئا ولا يخسر شيئا ، فضلا عن أن شخصيته تفنى منذ موته
وتزول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ولكن يمكن أن يرد ذلك بأن الموت ، وإن كان حقا على كل إنسان وإن كان لا يستوجب التعويض إذا وقع قضاء وقسداً ، يستوجب ان حدث بفعل فاعل ، اذ يكون الظاهر أن هذا الفعل قد استعجل الموت وقصر الحياة ، وبأنه لا يستساغ مطلقا القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئاً اذ الواقع أن الحياة هي أغلى ما يحرص عليه الإنسان ، لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى ، وإن غنقدها يعتبر شر المصائب لأنه — فوق الألم الجسمانى الذى يصاحبه — يحرم الإنسان كل متعة ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته ، وبأنه اذا كان صحيحا أن حق المجنى عليه فى تعويض هذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت ، فإنه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق إنما هو الفعل المضار ، وأن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به ، ومتى كان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده الى ورثته ، وبأن القول بغير ذلك يجعل مركز الجانى الذى يقضى على حياة ضحيته فوراً أفضل من مركز الذى يصيب المجنى عليه بأى أذى دون الموت ويعتبر تحريضا للجانى بأن يجهز على حياة ضحيته .

لذلك ذهب فريق كبير من الشراح الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له فى التعويض عن موته وبأن هذا الحق يتخلف عنه ويؤول الى ورثته . (فى هذا المعنى ما زو ج ٢ نبذة ١٩١٢ و ١٩١٣ ، لابييه ولاكوست فى تعليقيهما السابق الاشارة اليهما ، ديمولومب ج ٣١ نبذة ٦٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٦ مكرر و ٥٧ ، فوستان هيلى ج ١ ص ٦٧٥ ، بوردى ويارد ج ٤ نبذة ٢٢٨٤ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٦ ، لالو فى دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ص ٢٧ فى ضمن مقال عنوانه « ذوو الحق فى التعويض عن الحوادث المميتة » ، ديمير Demeur فى مجلة التأمين البلجيكية Bullotin des assurances ١٩٢٨ ص ١٠٢٩ ، بيريه Perret فى رسالته فى ذوى الحق فى

التعويض عن الحوادث المميتة باريس ١٩٣٣ ص ١٢١ ، مصطفى مرعى
بك نبذة ٣٢٥) .

لذا رجعنا الى الوقائع التى فصلت فيها الأحكام السابقة التى
أشرنا اليها ، وجدنا هذه الأحكام جميعا — عدا حكمي الاستئناف المختلط
الأخيرين الصادرين فى سنة ١٩٣٨ — قد فصلت فى دعاوى تعويض عن
الموت . فأخذت هذه الأحكام فى شأن ذلك بالرأى القائل بعدم ثبوت حق
للمجنى عليه فى التعويض عن موته ورتبت على هذا الرأى كل نتائج
القانونية فاعتبرت أن صفة الوراثة ليست بمفردها كافية للحكم
بالتعويض (استئناف ١٣ يناير ١٩١٤) ، وأن الوارث لا يستحق تعويضا
عن قتل مورثه الا اذا أثبت الضرر الذى أصابه شخصا بسبب فقد
مورثه (استئناف مصر ٢٥ فبراير ١٩٢٧ و ٣ يناير و ٧ فبراير ١٩٢٨
واستئناف مختلط أول يونيه و ٢١ نوفمبر ١٩٣٥) ، وأنه ليس لدائن
المجنى عليه أن يحجز على مبلغ التعويض الذى يحكم به لوارث مدينه
(مصر الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩٢٣) وأن التعويض الذى يحكم به بناء
على طلب بعض الورثة لا يعتبر تركة ولا يجب تقسيمه طبقا للأحكام
الشرعية (المجلس الحسبى العالى ٢ نوفمبر ١٩٢٤ ، واستئناف مختلط
٢٩ نوفمبر ١٩٢٣) .

أما حكما الاستئناف المختلط الصادران فى سنة ١٩٣٨ فقد كان
موضوعهما طلب التعويض ليس عن موت المجنى عليه بل عن الأضرار
الأدبية (كالآلام الجسمانية) التى أصابت المجنى عليه قبل وفاته ،
فأخذت المحكمة فيهما بالرأى القائل بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى
لا ينتقل الى ورثة المجنى عليه (حكم ٤ مايو ١٩٣٨) أو لا ينتقل اليهم
الا بشرط صدور المطالبة به من المجنى عليه قبل وفاته ، بل غالت فى هذا
الرأى وجاوزته فلم تكف بمجرد صدور المطالبة قبل الوفاة ، واشترطت
أن يكون الحق قد تقرر قبل موت المجنى عليه (١٥ يونيه ١٩٣٨) .

أما الحادثة التى صدر فى شأنها حكم محكمة النقض محل هذا

التعليق فخذ كانت حادثة ضرب سببت للمجنى عليه عاهة مستديمة ثم أعقبتها وفاة المجنى عليه لسبب لا يرجع الى الضرب . وقد كان هذا الفرق بين وقائع هذه الدعوى ووقائع الأحكام السابقة كافيا لتبنى عليه المحكمة اختلاف الحكم (١) ، ولكن المحكمة لم تقف عنده ولم تنشر الى ما يميز هذه الصورة عن غيرها من الصور ، ولم تقصر عليها ما قررت — وكان خليقا بها أن تفعل ذلك — بل عممت القول بأن الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ولم تستثن من ذلك الا الجرائم التي تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه .

وقد قلنا انا نستبعد أن تكون المحكمة قد قصدت بهذا الاستثناء ما يفهم من ظاهر عبارتها ، أى قصره على جرائم الزنا ، وهى الجرائم التي تتوقف المحاكمة فيها عندنا على شكوى المجنى عليه .

ونرى أن الكشف عن حقيقة ما قصدته المحكمة بهذه العبارة يقتضى الرجوع الى معرض ورودها في الحكم . وهى قد وردت فيه في معرض الرد على طعن بنى على « أن المجنى عليه توفى قبل رفع الدعوى العمومية لسبب لا يرجع الى حادث الضرب ودون أن يدعى بحقوق مدنية ، فدخل والده مدعيا بحقوق مدنية وطلب الزام الطاعن بأن يدفع له مبلغ عشرين جنيها على سبيل التعويض ، فأجابته المحكمة الى هذا الطلب وحكمت له بالتعويض . وهذا خطأ لأن التعويض الذى ينشأ عن الضرب هو حق شخصى يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه دون أن يكون لأى شخص مهما كانت الصلة بينهما أن يطالب به . ولما كان المجنى عليه قد توفى قبل أن تظهر نيته في مقاضاة خصمه ومطالبته بالتعويض ، فلا يمكن لأحد من ورثته أن يطالب به » .

(١) هذا فوق أن محكمة الموضوع كانت قد اثبتت أن المدمى ، وهو والد المجنى عليه ، أصابه ولا شك ضرر من جراء الاعتداء الذى وقع على جسم ولده وتخلفت عنه المساهمة ، هو ضرر جرماته من عون المصائب ومسامحته فضلا عن الضرر الادبى الذى لحقه من ذلك الاعتداء وما أحس به من ألم وحزن (انظر المحللة ٢٦ ص ٥٦٧) .

ونلاحظ على عبارة هذا الطعن أن فيها مغالطة أو على الأقل خطأ ، فهي ترمى الى اعتبار الحق في تعويض الضرر الناشئ عن ضرب سبب عاهة مستديمة حقا شخصيا تتوقف المطالبة به على ارادة المجنى عليه ويسقط بوفاة هذا الأخير دون أن يطالب به ، أى انها ترمى الى اعطاء هذا الحق حكم التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب الشخص فى احساسه أو فى عاطفته أو فى شرفه واعتباره دون أن يسبب له خسارة مالية ، فى حين أن العاهة المستديمة مسلم بأنها ضرر مادى ينشأ عنه حق فى التعويض يستحيل الى مال يورث عن المضرور .

وكان يكفى المحكمة أن تكشف هذه المغالطة أو هذا الخلط وأن تبني على ذلك حكما ، فبمستقيم الحكم ويتحدد المبدأ . ويظهر أنها قد شعرت بذلك ، ولكنها لم تراع الدقة فى التعبير عنه ، فاثبتت لوالد المجنى عليه الحق فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصاب ابنه من الضرب باعتبار أن هذا الضرر قد استحال الى مال فى ذمة الابن ، وانتقل مع تركته الى أبنيه بصفته وارثا ، مادام الابن لم يتنازل عن هذا الحق قبل وفاته ، ولكنها أذسأقت هذا الحكم رأت أن تقيده بما يعتبر ردا على الطعن المعروض عليها ، وقيدا على المبدأ الذى يستنبط من حكمها فقالت « ولما كانت الجريمة التى وقعت من الطاعن ليست من الجرائم التى تتوقف المحاكمة عليها على شكوى المجنى عليه » ، وهى بلا شك قد قصدت بذلك أن تقول : « ولما كان الضرر المطلوب تعويضه ليس من الأضرار التى يتوقف انتقال الحق فى طلب التعويض عنها الى ورثة المجنى عليه على صدور مطالبة من هذا الأخير قبل وفاته » ، مشيرة بذلك الى الأضرار الأدبية التى تصيب الشخص فى عاطفته أو احساسه أو شرفه واعتباره والى الرأى الذى أوردها فى شأنها .

لذلك نرى أنه يستفاد من هذا الحكم أنه قرر أن الضرر المادى الذى يصيب المجنى عليه فى جسمه قبل وفاته يستحيل الى مال فى ذمته ويورث عنه . وأنه — بالرغم من ايراده هذا المبدأ فى صيغة مطلقة جمعت

بين الضرر الأدبي والضرر المادى فى حكم واحد — اعتمد الرأى القائل بأن الحق فى التعويض عن الأضرار الأدبية ينقضى بوفاة الجنى عليه دون مطالبة ولا ينتقل الى الورثة ، وهو فى ذلك متفق مع قضاء محكمة الاستئناف المختلطة . أما الضرر الذى يصيب الجنى عليه بسبب قتله ، فلم يكن موضوع هذا الحكم ، ولم تتعرض له المحكمة من قريب ولا من بعيد ، وان كان عموم عبارتها قد يشملها شمولاً غير مقصود .

تعليق على حكم نقض جنائى بشأن تعويض الضرر الأدبى (*)

المبدأ القانونى :

ان القانون يسوى بين الضرر الأدبى والضرر المادى فى ايجاب التعويض للمضروب وترتيب حق الدعوى به . والضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال ، وحق المورث فى تعويض الضرر الأدبى والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءاً من تركته وتنتقل بوفاة الى ورثته مادام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه . واذا غاذا ادعى والد الجنى عليه مدنيا وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض فحكمت محكمة الدرجة الأولى له بتعويض ثم استأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة ، وتوفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحل محله فيه وارثاته فقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى المدنية لزوال الصفة — فانها تكون قد أخطأت .

تعليق : قررت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) فى ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ فى القضية رقم ١٠٤٢ سنة ٢٠ ق « أن القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة الجنى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى ، تأسيساً على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته . أما القانون المصرى فانه لم يأخذ بذلك بل رأى

(*) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ، العدد ١٣ ص ١٢٩ وما بعدها .

أن الحق في التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد تنازل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم اسقط للحقوق قانونا » (منشور في مجلة القانون والاقتصاد الستة الرابعة العدد ١٢ وفي المحاماة ٣٢ — ١٣٨٦ — ٣٥٤) .

وقررت بعد ذلك في الحكم المنشور أعلاه بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ « أن القانون يسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى في ايجاب التعويض للمضرو و ترتيب حق الدعوى به . وأن الضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال ، وأن حق المورث في تعويض الضرر الأدبى والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءا من تركته وتنتقل بوفاته الى ورثته مادام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه » (المحاماة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤) .

ويبدو من عبارات هذين الحكمين أنهما يقرران قاعدة عامة تنقضى بانتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه في جميع الأحوال ، أى سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، لأن عبارة الحكم الأول وردت عامة غير مقصورة على الضرر المادى ، ولأن عبارة الحكم الثانى جاءت صريحة في المساواة بين الضرر المادى والضرر الأدبى .

ومن الواضح أنه لا عبرة في ذلك بما اشترطه كلا الحكمين من عدم نزول المضرو عن حقه في التعويض وعدم سقوط هذا الحق بالتقادم لأن هذين الشرطين ليسا خاصين بانتقال الحق في التعويض بل هما شرطان بدهيان يلزم توافرهما في انتقال أى حق من الحقوق ، فلا محل لإعتبارهما قبيدين خاصين وأردين على القاعدة التى يبدو أن الحكمين المذكورين يقررانها .

فهل قصدت محكمتنا العليا حقا بهذين الحكمين تقرير انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجنى عليه في جميع الأحوال دون قيد أو شرط وبغير تفرقة بين أنواع الضرر التى يستحق عنها التعويض ، أم توجد

في وقائع القضيتين اللتين أصدرت فيهما هذين الحكمين خصائص تبرر ما ذهب اليه في شأنهما ويتعين تقييد القاعدة بها ؟

نرى أن ننبه أول الأمر الى أن اطلاق القاعدة التي يبدو أن الحكمين المذكورين يقررانها يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وما أخذ به التقنين المدني الجديد ، وأن نشير الى وجود غرور جوهري بين وقائع القضيتين يتعين معرفة ما يترتب عليها من أثر في اطلاق تلك القاعدة أو تقييدها .

يفرق الفقه والقضاء في شأن انتقال حق التعويض الى الورثة بين تعويض الضرر المادى وتعويض الضرر الأدبى .

والضرر المادى هو الذى يسبب للانسان خسارة مالية ، وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة في ماله أى في حق من الحقوق التى تدخل في تقويم ثروته ، ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو يصيبه في سمعته اصابة تحول عنه عملاءه .

والضرر الأدبى هو الذى يصيب الانسان في جسمه اصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه في عاطفته أو في شرفه أو في كرامته دون أن يسبب له خسارة مالية .

فالضرر المادى الذى يصيب المال مباشرة يفول المضرور حقا في التعويض يعتبر حقا ماليا له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته ، سواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته ، أم لم يطلب ، أم طالب ولما يحكم له (في هذا المعنى مازو نبذة ١٩٠٤ ، سورا ج ١ نبذة ٥٣ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعى بك نبذة ٣٢٥ ، القلى بك في تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٠) .

أما الضرر المادى الذى يصيب الانسان من طريق اصابته في جسمه أو في حريته أو في سمعته ، فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه

يخول المضرور حقا في التعويض ولكن هذا الحق يكون حقا شخصيا بحيث لا ينتقل من بعده الى ورثته . غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضي تحت تأثير الفقيه لابييه Labbé وقررت أن الضرر المادى ، سواء أصاب المضرور فى ماله مباشرة ، أم أصابه من طريق أصابته فى جسمه أو فى حرئته أو فى سمعته ، يخوله حقا فى التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية وينتقل من بعده الى ورثته (أنظر بيدان الطبعة الأولى ج ٤ نبذة ١٢١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ ، نقض فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ داللو ١٩٢٣ — ١ — ٥٣) .

أما فيما يتعلق بالضرر الأدبى سواء أكان ايلاما يصيب الانسان فى جسمه أو ايلاءا لعاطفته أو مماسا بشرفه أو كرامته ، فقد كان حق تعريضه تعويضا ماليا محل خلاف ، اذ رفضت المحاكم التسليم به أول الأمر واستندت فى ذلك الى أن الضرر الأدبى بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا يجبر بالتعويض المالى ، وأنه مما ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها ، وأن تقدير الضرر الأدبى يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم وأن تقويمه بالمال لا بد أن يكون تحكما فلا يمكن أن يحقق العدالة .

غير أن المحاكم عدلت عن ذلك فيما بعد ، حيث رأت أن التعويض المالى اذا كان لا يمحو الضرر الأدبى فإنه يعطى المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر ، وأن صعوبة تقدير الضرر وتقويمه لا يجوز أن تكون سببا فى عدم تعويضه ، وأن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب فى الضرر من كل جزاء لمجرد أن الضرر أدبى .

وقد تغلب هذا النظر الأخير وانعقد عليه من زمن اجماع الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر ، وقضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبى يصح أن يعرض عنه تعويضا ماديا . لأن التعويض المادى مهما فيه عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى — يساعد ولو بقدر

على تخفيف الألم عن نفس المضرور (نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٢ مرجع القضاء رقم ٥٣٩٩) •

غير أن هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الأدبي ولم ينمقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، فذهب فريق من الشراح والمحكم الى أن هذا الحق شخصى بحيث يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة الانسان على تقدير المضرور له ومطالبته به • فإذا توفى المضرور قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (هيك ج ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديموج ج ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانيول وريبير الموجز ج ٢ نبذة ١٠٠٨ والمطول ج ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسين ريبير فى رسالتها نبذة ١٣٠ ، سلفاتيه فى المسئولية المدنية ج ٢ نبذة ٦٣٢ و ٦٢٩ وتعليق فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٢ ، وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — ٢ — ٩ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٢٥٣ ، عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات ص ٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، حشمت أبوستيت بك فى الالتزامات ص ٣٣١ نبذة ٤٦٧ ، استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩١٤ الغازيت ٤ — ٤٨٦ — ٢٠٤ ، أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٢ — ٣٦٢ — ١١٥) • بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها الى حد القول بأنه لا يكفى لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقرا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائى واما باتفاق بين الطرفين [استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧) ، ٢٧ نوفمبر ١٩٤٠ (٥٣ ص ٢٠)] •

غير أن هذا رأى كان يعوزه فى ظل التقنين المدنى الملقى السند القانونى ولم يكن من الصعب تفنيده •

فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبي

لا يدخل في ذمة المضرور المالية الا متى حصلت المطالبة به . وهذا الزعم لا يتفق مع المبادئ العامة . اذ أنه من المسلم أن الحق في التعويض — سواء في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي والتعويض عن الضرر المادي — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت وقوع هذا الفعل ، خلا محل لتعليق نشوء الحق في تعويض الضرر الأدبي على المطالبة به ، فضلا عن أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به ، فان هذه المطالبة ذاتها لا تصح قبل وجود الحق المطالب به . وبالتالي فان القول بذلك يؤدي الى الدور في حلقة مفرغة ويجعل نشوء الحق في التعويض مستحيلا .

وهم يدعون (أيضا) أن وفاة المضرور دون أن يطالب بهذا الحق دليل على تنازله عنه . ولكن يرد هذا بأن التنازل لا يفرض ، وبأن سكوت المضرور عن المطالبة لا يفيد حتما نزوله عن الحق ، بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى أنه كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسؤول عن التعويض ، فأدركته منيته قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله في الاتفاق .

وهم يقولون (أخيرا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره ، وكانوا يستدلون على ذلك بالمادة ١٤١/٢٠٢/١١٦٦ التي تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه *Sauf les actions purement personnelles* كما ورد في النص الفرنسي للقانون المصري الملغى أو *à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* كما ورد في نص القانون الفرنسي . وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب ، لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور لا يجوز لغيره أن يباشره حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود في ذمة الشخص المالية وأنه يتخلف عنه بعد وفاته

فينتقل الى ورثته في ضمن محتويات تركته ، ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد في النص المشار اليه بشأن الدائنين ، لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه في جميع حقوقه خلافاً لدائنيه حال حياته .

لذلك قال فريق آخر من الشراح بانتقال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم يتنازل عنه (لابييه في تعليقه في سيري ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست تعليق في سيري ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سورداج ١ نبذة ٥٧ ، بودري وبارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ ، ديموج ج ٤ نبذة ٥٣٨ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Guilhou في بحث له في تعويض الألام الجسمية التي يتحملها المجنى عليه الذي يقضى نحوه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ ج ٢ ص ٣٦ من القسم الفقهي ، هنري وليون مازو نبذة ١٩٠٩ وتعليقاتهما في مجلة للقانون المدني الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ وفي دالوز الانتقادي ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ وكتابنا في الفعل الضار سنة ١٩٤٨ ص ٢٩) . وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (نقض بلجيكي ٣٠ يونيه ١٩٣٠ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩) ، وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية ، كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣١ و ١٥ يونيه ١٩٣٧ ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيه ١٩٤٣ (دالوز الانتقادي ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ وتعليق ليون مازو) .

وقد يبدو من عبارات الحكمين محل هذا التعليق أنهما اتجها أيضاً هذا الاتجاه الأخير إذ قررا المساواة بين الضرر الأدبي والضرر المادي من حيث ان الحق في التعويض عنهما ينشأ بمجرد وقوعهما ويعد جزءاً من تركة المورث وينتقل بوفاته الى ورثته . غير أن مخالفة هذا الاتجاه ما استقر عليه الفقه والقضاء عندنا قبل ذلك تدعو الى التأمل والترث

قبل التسليم بأن الحكامين المذكورين انما قصدا أن يذهبا في ذلك مذهباً جديداً ، وبخاصة اذا لوحظ أن المشرع قد أقر أخيراً مذهب الفقه والقضاء بأن نص في المادة ٢٢٢ فقرة أولى مدنى جديد على أن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

وبالتأمل في وقائع الحكامين المذكورين يتضح وجود غرور جوهريه بينها ، كما يتضح أن هذه الوقائع تجعل كلا الحكامين متفقين مع القضاء السابق وما أخذ به المشرع الجديد وبعيدين عن السير في الاتجاه الجديد الذى سلكته المحاكم البلجيكية والفرنسية منذ نحو ربع قرن .

فالحكم الأول قد فصل في التعويض عن ضرر جسمى مادى هو فقد المجنى عليه احدى عينيّه . أما الحكم الثانى فقد فصل في التعويض عن ضرر أدبى بحت ، وكان ذلك الضرر لوعة أصابت والدا بسبب فقد ولده .

وقد تقدم أن الفقه والقضاء يسلمان بأن حق التعويض عن الضرر الجسمى المادى يثبت للمضروب بمجرد حدوث الضرر ويعتبر من ذلك الوقت جزءاً من ذمته المالية وينتقل منه الى ورثته مادام لم ينزل عنه قبل موته وسواء أكان المضروب قد طالب به قبل موته أم لم يطالب . ولذلك كان حكم ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ محل هذا التعليق متفقاً مع مذهب الفقه والقضاء في ذلك ، فهو قد قرر انتقال هذا الحق في التعويض الى الورثة بعد أن أثبت عدم تنازل المورث عن هذا الحق قبل وفاته ، اذ قال ان القانون المصرى يأخذ بانتقال حق التعويض الى الورثة « ما لم يتنازل المورث عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانوناً ، يضاف الى ذلك أنه في خصوص هذه الدعوى لم يقف الأمر عند عدم اثبات تنازل المورث عنها قبل وفاته ، بل أثبت الحكم أنه كان جاداً وراء الحصول على التعويض ، فتهتم بطلب اللجنة المعافاة المختصة التى أعفته من الرسوم ونذبت محامياً عنه لرفع الدعوى ... » .

ويلاحظ أن ما أورده الحكم من أن المورث كان قد قدم قبل وفاته طلبا للمعافاة لم يورده الا للتدليل على أن المورث لم ينزل عن هذا الحق قبل وفاته ، فلم تقصد المحكمة أن تجعل انتقال حق التعويض الى الورثة نتيجة لتقديم المورث طلب المعافاة المذكور ، وذلك أولا لأنه من المسلم أن حق التعويض عن الضرر الجسمي المادى ينتقل الى الورثة دون توقف على حصول المطالبة به من المورث قبل وفاته ، وثانيا لأن تقديم طلب اللجنة للمعافاة لا يعتبر مطالبة قضائية ولا يترتب عليه ما لهذه المطالبة من أثر •

أما في القضية التي فصل فيها حكم ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ ، والتي كان الضرر فيها ضررا أدبيا محضا ، هو عبارة عن لوعة أصابت الوالد بسبب فقدده ولده ، فيلاحظ أنه بالرغم من أن عبارات المحكمة تكاد تسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى من جميع الوجوه ، فإن وقائع الدعوى كان فيها ما يبرر انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة وفقا لمذهب الفقه والقضاء الذى تقدمت الإشارة اليه فيما يتعلق بالضرر الأدبي ، ذلك أن المجنى عليه كان قد ادعى مدنيا أمام المحكمة الجنائية وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض ، فحكمت له محكمة الدرجة الأولى بتعويض ، فاستأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة ، ثم توفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فطلت محله ورثته ، أى أن المضرور كان قد طالب قبل وفاته بتعويضه عن الضرر الأدبي الذى أصابه ولما يحكم له نهائيا بهذا التعويض ، فكان ذلك كافيا للقول بانتقال حقه في التعويض الى ورثته حتى عند القائلين بالتفرقة في ذلك بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبي •

لذلك لا يصح في رأى اعتبار ما قضى به هذا الحكم كافيا للقول بأن المحكمة رأت العدول عن التفرقة بين الضرر المادى والضرر الأدبي من حيث انتقال حق التعويض الى الورثة وعن تعليق هذا الانتقال في حالة الضرر الأدبي على حصول المطالبة به قبل وفاة المضرور ، اذ لا يمكن

القول بذلك الا اذا صدر حكم يأخذ بانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة في قضية لا يكون الضرر فيها قد طالب بهذا الحق قبل وفاته . ونحن نستبعد أن تأخذ المحاكم بذلك في القليل الباقي من القضايا التى يتعين الفصل فيها وفقا للتقنين المدنى الملقى مادام التقنين المدنى الجديد قد نص صراحة على تقييد انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى بضرورة حصول الاتفاق عليه أو المطالبة به قبل وفاة المورث .

تطبيق على حكم من محكمة استئناف القاهرة

في مسئولية الناقل الجوى للركاب (*)

(أولا) حكم استئناف القاهرة ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ :

- ١ — طبيعة مسئولية الناقل الجوى للركاب .
- ٢ — اثر شروط الازعان .
- ٣ — بدء سريان معاهدة ناروسوفى في مصر .
- ٤ — ثبوت الحق في التعويض عن الضرر الادبى وضرر الموت وانتقاله الى الورثة في ظل التقنينين القديم والجديد .

أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكما بتاريخ ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ في القضيتين رقمى ٥٤٨ و ٩٠٥ (نشرته مجلة ادارة قضايا الحكومة س ١ عدد ٤ ص ١٩٦) وكانت وقائعهما تلخص فيما يلى :

في يوم ٢٣ يونيه ١٩٤٩ — أعنى في ظل التقنين المدنى السابق —

(*) التعليق منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة الثالثة العدد الثانى ص ١١١ الى ص ١٥٢ .

وصلت الى مطار القاهرة الدولي احدى طائرات شركة النقل الجوى الهولندية ثم غادرته فى اليوم ذاته بعد أن انضم الى ركبها بعض المصريين المسافرين الى بروكسل . وبينما هى تحلق فوق مدينة بارى بجنوب ايطاليا سقطت فى اليم وغرق جميع ركبها ولم يعرف اذ ذلك سبب سقوطها . غير أن اللجنة الفنية التى شكلت فى المنطقة التى سقطت فيها الطائرة عملا بالمعاهدة الدولية التى تنظم النقل الجوى رجحت أن يكون سبب الحادث عطيا مفاجئا أصاب جهاز القيادة الأوتوماتيكي وغلب طاقم الطائرة فلم يستطع القيام بما يحول دون وقوع الحادث . وقد قام البرهان لدى الشركة قاطعا على خطورة استعمال هذا الجهاز قبل أن تتم تجارب تأمينه ، وأوقفت استعماله عقب الحادثة تلبية لتوصية اللجنة الفنية المذكورة كما منعت مصانع أوكد لبناء الطائرات بأمريكا اذ ذلك استعماله .

طالب ورثة اثنى من ضحايا الحادث المصريين الشركة المذكورة بتعويض قدره خمسون ألف جنيه لكل هريق منهم وذلك مقابل الضرر المادى والأدبى الذى سببه الحادث لفقيده وما أصاب كلا من الورثة شخصا من أضرار مادية وأدبية بسبب موت مورثهم . وينوا مطالبتهم بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم على أساس المسؤولية العقدية باعتبار أن الشركة المدعى عليها مخلة بالتزامها للعقدى بضمان سلامة الركاب . أما المطالبة بتعويض ما أصاب كلا منهم شخصا من أضرار فقد بنوها على أساس المسؤولية التقصيرية لانعدام العلاقة العقدية بينهم وبين الشركة .

وقضت محكمة أول درجة للمدعين ببعض التعويض ، ولم تقبل الشركة المدعى عليها هذا الحكم فاستأنفته وبنت استئنافها على عدة أسباب تلخص فى أنها ترى أن مسؤولية أمين نقل الركاب بوجه عام ليست عقدية ، وأنه حتى مع التسليم بأنها عقدية فإن ذلك لا ينطبق على مسؤولية الناقل الجوى للركاب لأن الأخطار التى يتعرض لها المسافر

فى النقل الجوى مازالت متعددة وأن اللجنة الفنية قد انتهت من تقريرها الى أن العلة التى نشأ عنها ضياع الطائرة ترجع الى سبب غير معلوم مما تنتفى معه مسئولية الشركة وأن ما ذهب اليه الحكم المستأنف من أن هناك ضرراً مادياً وأدبياً سببه الحادث لفقيد كل فريق من المستأنف عليهم وأن هذا الضرر قد استحال فى النهاية الى مال يورث عن الفقيد وقد دأل ذلك الحق الى المستأنف عليهم غير صحيح فى القانون لأن الموت كان داهماً وغجائياً ولم يدع لضحاياها فترة من الزمن طالت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم وأن الشروط التى طبعتها هى على تذكرة المسافرين طبقاً لنصوص معاهدة غارسوفى تقصر التعويض الذى يمنحه ضحايا حوادث نقل الركاب على مبلغ معين هو ما قضت به محكمة أول درجة .

وقد فصلت محكمة الاستئناف بحكمها المشار اليه فى جميع أوجه الطعن المذكورة بتأييد وجهة نظر المحكمة الابتدائية وقررت فى شأنها المبادئ التى لخصتها مجلة ادارة قضايا الحكومة فيما يلى :

(١) استقر القضاءان الفرنسى والمصرى بعد تردد ، على أن مسئولية أمين النقل عما يصيب الأشخاص ابان سفرهم مسئولية عقدية ، ذلك أن من أبرز التزامات أمين النقل التزاماً ضمناً بضمان سلامة الراكب وهو التزام استخلصه القضاء بتفسير ارادة المتعاقدين المشتركة .

ولا فرق فى هذا الشأن بين النقل البرى والنقل الجوى . وتفرعاً على ذلك يكون خطأ أمين النقل ثابتاً بمجرد حصول حادث للراكب يمس سلامته ما لم يثبت أمين النقل أن الحادث يرجع الى قوة قاهرة أو حادث جبرى أو خطأ الراكب .

(٢) أن الشروط المطبوعة التى ترد فى تذاكر السفر بحصر مسئولية أمين النقل فى الأحوال التى يعزى فيها الحادث الى خطئه أو خطأ تابعيه بتحديد مقدار التعويض لا تغير من مسئوليته المستمدة من

القواعد العامة لأن مثل هذه الشروط التي لا تقبل المناقشة فيها ولا يسبح الراكب إلا أن يقبلها مادام راغباً في السفر تعتبر شروطاً اذعاناً لا يعتد بها القاضي .

(٣) لا تسرى في مصر أحكام معاهدة غاريسوفى الدولية الخاصة بأحوال المسؤولية عن النقل الجوي الدولي للركاب ومقدار التعويض المبرمة في سنة ١٩٢٩ إلا من تاريخ انضمام مصر إليها في ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بموجب القانون ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ، على أن مؤدى أحكام هذه المعاهدة هو افتراض الخطأ في جانب أمين النقل ما لم يثبت هو أن الحادث لا يرجع الى خطئه أو خطأ أحد تابعيه .

(٤) من المقرر في ظل التقنين المدني القديم أن حق المصاب في التعويض يتحول الى مال في حالة وفاته وينتقل الى ورثته . والراجع أنه لا مسأغ للفرقة بين الأحوال التي تقع فيها الوفاة عقب الحادث مباشرة والأحوال التي لا تعقب فيها الوفاة الحادث فوراً لأن الوفاة مهما كانت عاجلة فانها لا تكون إلا بعد وقت من وقوع الفعل الضار وأن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي أثناء هذه اللحظة ينشأ حق المصاب في التعويض عن هذا الحادث وينتقل من بعده الى ورثته ضمن تركته . أما ما تضمنته المادة ٢٢٢ من التقنين الجديد من اشتراط أن يكون المورث قد طالب بهذا الحق قبل وفاته أو أن يقر به المسئول فهو حكم مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

التعليق :

١ — فيما يتعلق بطبيعة مسئولية أمين نقل الركاب بوجه عام وأمين النقل الجوي بصفة خاصة وكيفية دفع هذه المسئولية :

قرر الحكم موضوع هذا التعليق أن مسئولية أمين نقل الركاب

مسئولية عقدية وأنه لا فرق في هذا الشأن بين النقل البرى والنقل
الجوى .

وقد سبق لنا أن استعرضنا هذه المسألة وأحكام المحاكم في شأنها
في تعليق على حكم استئناف الاسكندرية الصادر في ٥ فبراير سنة
١٩٥٠ (١) وذلك في مجلة التشريع والقضاء س ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها
من قسم القضاء بينا فيه أن القضاء الفرنسى كان يطبق على ناقل
الركاب أحكام المسؤولية التقصيرية حتى سنة ١٩١١ حيث عدل عن ذلك
واطرد قضاؤه منذ تلك السنة على اعتبار مسؤولية أمين نقل الركاب
مسئولية عقدية وأن القضاء المصرى سبق القضاء الفرنسى في الأخذ
بالمسئولية العقدية في هذا الصدد ثم عدل عن ذلك بعد التحول الذى طرأ
على القضاء الفرنسى في سنة ١٩١١ فأخذ يعتبر هذه المسؤولية تقصيرية
ثم عاد القضاء المختلط منذ سنة ١٩٣٣ والقضاء الوطنى منذ سنة ١٩٤٠
الى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على حوادث نقل الركاب (٢)
واستمرت أحكام المحاكم على ذلك بعد صدور التقنين المدنى الجديد
الذى عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ولو أن أكثر هذه الأحكام
الحديثة قد صدر في وقائع حدثت في ظل التقنين المدنى القديم .

وكان أول هذه الأحكام الأخيرة حكم استئناف الاسكندرية بتاريخ
٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الذى تقدمت الإشارة اليه وقد علقنا عليه في حينه
معلقنا فيما يتعلق باسناده التزام أمين النقل بضمان سلامة الراكب الى
وجود اتفاق ضمنى على ذلك بين الطرفين أن الواقع أنه اذا كان يجوز

(١) احاماة ٣٠ — ٥٠١ — ٢٧٦ . راجع ما سيجىء في ص ٢٨٢ .
(٢) انظر فيما يتعلق بالقضاء المختلط محكمة مصر الجزئية المختلطة
مارس ١٩٣٣ الغازيت ٢٥ — ٣٩ — ٥١ ، استئناف مختلط ٢٨ فبراير ١٩٣٥
(٤٧ ص ١٧٦) . وفيما يتعلق بالقضاء الوطنى . اللبان الجزئية ١٣ مايو
سنة ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ١٦٥ — ١١٩ ، نقض جنائى ٨ ديسمبر ١٩٤١
المجموعة ٤٣ — ٦٨ — ٢٨ .

أن يفرض في الراكب انصراف نيته الى انشاء هذا الالتزام في ذمة متعهد النقل فانه لا يمكن افتراض مثل ذلك بالنسبة الى هذا المتعهد لأنه شخص يضع جهوده ومعداته تحت تصرف الركاب لنقلهم من مكان الى آخر دون قصد الالتزام بضمان سلامة الركاب من كل مكروه يصيبهم في أثناء النقل ، فالقول بأن عقد النقل يتضمن هذا الالتزام فيه تحميل العقد فوق ما يحتمل لأن رضا الطرفين لم ينعقد على هذا الالتزام وليس في وسع أحد غير المشرع أن يحمل العقد فوق ما يحمله العاقدان ، وبينما أن القول بنشوء التزام عقدي في ذمة متعهد النقل بضمان سلامة الراكب يعوزه السند القانوني وأن محكمة الاستئناف عندما قررتها في حكمها المذكور انما أخذت به كما أخذت به من قبل محكمة النقض الفرنسية أي من قبيل السياسة القضائية التي يراد بها تحقيق مقتضيات العدالة ، ويكون حكمها بذلك مفهوما في ظل التقنين الملغى حيث لم تكن ثمت وسيلة أخرى لكفالة حق الراكب المصاب . أما في ظل التقنين المدني الجديد ، فان المادة ١٧٨ — التي تنص على مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه — تكفل للراكب المصاب حقه في التعويض دون حاجة الى اثبات خطأ متعهد النقل ولا الى الالتجاء الى قواعد المسؤولية العقدية من طريق تحميل عقد النقل التزاما لا يحتمله ، أعنى التزام الناقل بضمان سلامة الراكب .

وختمنا ذلك التعليق بقولنا انه يهنا من ناحية التطبيق القانوني الصحيح أن لا يعتبر حكم محكمة استئناف الاسكندرية المذكور سوى خاتمة تطور هذه المسألة في ظل التقنين المدني الملغى بحيث لا يعتبر ما قضى به هذا الحكم مبدأ قانونيا جديدا تسير عليه الأحكام اللاحقة التي ستصدر في شأن ما يحدث من وقائع في ظل التقنين المدني الجديد ، وتمنينا على المحاكم أن تعيد النظر في هذا الموضوع في ضوء أحكام هذا للتقنين دون تأثر بما قرره هذا القضاء السابق .

وقد صدر بعد ذلك حكمان من محكمة مصر الابتدائية غصلا في

واقعتين حدثتا أيضا في ظل التقنين المدني القديم وطبقا عليهما قواعد المسؤولية العقدية كما فعل حكم استئناف الاسكندرية الذى تقدمت الاشارة اليه ، أحدهما بتاريخ ١٣ مارس سنة ١٩٥١ فى حادثة قطار وقعت فى سنة ١٩٤١ (٣) والثانى بتاريخ ٢ يونيه سنة ١٩٥٢ فى الحادثة ذاتها التى صدر فى شأنها حكم استئناف الاسكندرية موضوع التعليق الحالى وهى سابقة على تاريخ العمل بالتقنين الجديد (٤) . وكذلك كان هذا الحكم الأخير صادرا فى واقعة حدثت فى سنة ١٩٤٩ أى قبل

(٣) انظر المحاماة ٣١ — ١٢٨٦ — ٣٩٣ .

(٤) صدر هذا الحكم فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ٥١ ق كلى مصر المجموعة من ورثة المرحوم عبد اللطيف محرم ضد شركة النقل الجوى الهولندية الملكية (غير منشور) . وقد جاء فيه ان القضاء الفرنسى والبلجيكى والهولندى من ورائه قد رتبوا مسؤولية عقدية على متعهد نقل الاشخاص استخلصوها من شرط مفترض فى عقد النقل هو التزام أمين النقل بضمان سلامة الراكب أى انه ملزم بموجب العقد أو تذكرة السفر التى يتمسك المدعى عليه بشروطه ان يصل بالراكب الى المقر المتفق عليه سليما معافى من كل سوء ، وان اختلوا فيها اذا كان هذا الالتزام التزاما بتحقيق غاية أو التزاما ببذل عناية . فاذا أصاب الراكب ضرر كان أمين النقل مسئولا مسؤولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها الا باثبات السبب الاجنبى . . . ويكفى التعاقد المضرور التدليل على الرابطة التعاقدية القائمة بينه وبين المدعى عليه — وذلك أمر مسلم — ثم اقامة الدليل على ما أصابه من ضرر فى ظلها ، وذلك أمر مسلم ايضا . ولا تدفع المسؤولية عن المدعى عليه الا باقامة الدليل على ان الضرر المشكوك منه يرجع الى حادث نجائى أو قوة قاهرة أو الى ظرف غير مظهر ولا يد له فيه . ولا تفريق فى هذه الاحكام بين أمين النقل بالبر أو بالبحر أو بالجو ، لانه اصبح مستقرا فى الفقه والقضاء ان المسؤولية التعاقدية بخصائصها تمتد الى عقد النقل الجوى » .

ويلاحظ ان المحكمة اثبتت فى هذا الحكم وجود اتفاق على الاعفاء من المسؤولية اعتبرته اعفاء من المسؤولية العقدية يترتب عليه تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية كما اثبتت خطأ الشركة المدعى عليها فى استعمال جهاز القيادة الاوتوماتيكى قبل ان يقوم البرهان على سلامة التعويل عليه فضلا عن خطأ طاقم الطائرة فى عدم الانتباه لتفادى مثل هذا العطب الماجء الذى أصاب الجهاز المذكور ، وانها بناء على ذلك طبقت على الدعوى فى شقيها سواء فيما يتعلق بالتعويض المطلوب عن الضرر الذى أصاب المورث نفسه أو فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الذى أصاب الورثة شخصا قواعد المسؤولية التقصيرية واستبعدت بذلك تطبيق الاتفاق على تحديد المسؤولية بالبلغ المتفق عليه وقدرت التعويض بقدر الضرر الواقع .

العمل بالتقنين الجديد ، فيصدق في شأن هذه الأحكام الثلاثة ما قلناه
عن حكم سنة ١٩٥٠ •

ولما عرضت على المحاكم حوادث نقل جديدة وقعت بعد صدور
التقنين الجديد ظلت المحاكم تحت تأثير الرأى السابق ولم تكلف نفسها
مؤونة إعادة النظر فبيل في ضوء النصوص الجديدة بالرغم من تسليمها
بأن ذلك الرأى يعوزه السند القانونى فقالت محكمة استئناف
الاسكندرية في حكم لها بتاريخ ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ « أنه من جهة
مسئولية الناقل اراء الراكب أهى مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية ،
فقد أصبح من المفروغ منه الآن أن هذه المسئولية هى مسئولية عقدية
ترتب على الناقل، أن يوصل الراكب سليما • وكل ما على الراكب أن يثبته
هو أن الحادث وقع أثناء السفر دون أن يكلف اثبات سبب الحادث ولا
علاقته بالسفر ، وقد كان عقد النقل مجالا لتطبيق نظرية الضمان ، تلك
النظرية التى ابتدعها القضاء دون أن يكون لها أساس أصيل من
نصوص القانون ولا من نية المتعاقدين ، بل هى نظرية بريتورية
prétorienne ولكنها عادلة أرساها القضاء الى حد أنه اعتبر الناقل
متعهدا بنقل المسافر سليما والا اعتبر مسئولا مسئولية لا يرفعها عنه
الا أن يثبت أن الحادث يرجع الى خطأ غير متوقع من المسافر أو من
الغير أو يرجع الى قوة قاهرة لا تتصل بمهمات النقل •

« وحيث انه تأسيسا على هذا تكون مصلحة السكك الحديدية
مسئولة أصلا دون حاجة الى اثبات خطأ عليها ولكن مسئوليتها ترتفع
عن عاتقها اذا ما أثبتت من جانبها أن هناك قوة قاهرة أو فعلا من الغير
كان السبب المباشر فى وقوع الحادث ••• » •

وظاهر من ذلك أن المحكمة قد سلمت تسليما كاملا بالتضاء السابق
الذى نشأ فى ظل التقنين القديم مع نعتها اياه بأنه قضاء بريتورى يقوم
على العدالة لا على نصوص القانون • وكان جديرا بها بعد أن نعتته بهذا
الوصف أن تعيد النظر فيه فى ضوء أحكام القانون الجديد لعلها تجد فيها

نصا تبني عليه الحكم الذى أملتة العدالة على المحاكم فيما مضى ،
فتؤسس قضاء جديدا يكون له سند من القانون لا من مجرد العدالة
مُحسب .

غير أنا نجد فى وقائع القضية التى فصل فيها هذا الحكم ما يفسر
لنا مسلك المحكمة فى عدم التدقيق فى طبيعة مسئولية الناقل ، ذلك أن أهم
ثمرة عملية للتفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وفقا
لللقانون القديم هى التى تتعلق بعبء اثبات خطأ الناقل . فبينما قواعد
المسئولية العقدية لا تتطلب من الراكب المصاب اثبات الخطأ المعين الذى
وقع من الناقل وأدى الى حدوث الاصابة للراكب بل تلزم الناقل بأن يثبت
أن الاصابة المذكورة يرجع حدوثها الى سبب معين أجنبى عنه ، فان
قواعد المسئولية التقصيرية وفقا لذلك التقنين كانت فى مثل هذه الحالة
تقضى بأن لا تقوم مسئولية الناقل الا اذا ثبت أنه تسبب بخطأ معين
منه فى وقوع الحادث . وفى القضية التى فصل فيها حكم استئناف
الاسكندرية المشار اليه ثبت أن الحادث وقع بسبب أجولة ملأى بمواد
مفرقة أدخلها أحد الركاب معه فى القطار وأخذ يلقى بها من النافذة
تباعا عند وصوله الى جهة معينة فألقى خمسة أجولة وقعت بعيدا عن
خط السكة الحديدية دون أن تنفجر ووقع السادس منها على شريط
السكة الحديدية تحت عجلات القطار فانفجر وأصاب القطار وركابه
بأضرار بالغة ، وتمسكت مصلحة السكة الحديدية بخطأ ذلك الراكب
باعتباره خطأ شخص أجنبى عنها تدفع به مسئوليتها ولكن المحكمة رأت
أن المصلحة المذكورة كانت تستطيع بشئ من الرقابة أن تمنع وقوع هذا
الخطأ من الراكب المشار اليه وأنها اذ قصرت فى ذلك لا يعتبر خطأ
الراكب المذكور أجنبيا عنها ولا يدفع مسئوليتها . وعندى أن ثبوت هذا
التقصير وحده من جانب المصلحة كان يكفى لمساعتها ووفقا لقواعد
المسئولية التقصيرية طبقا للقانون القديم دون حاجة الى الالتجاء الى
قواعد المسئولية العقدية . ولأن مسائلة المصلحة كانت ميسورة — سواء
وفقا للمسئولية التقصيرية أو وفقا للمسئولية العقدية — لم تجد المحكمة

مقتضيا قويا للتدقيق في تكييف مسؤولية الناقل في هذه القضية وتعيين طبيعتها عقدية كانت أو تقصيرية ، فرددت دون حرج ما جرى به القضاء في ظل التقنين القديم مدفوعا برغبته في تحقيق العدالة . ولكنها لو أعادت بحث الموضوع من أساسه كان يحتمل أن تصل فيه الى نظر آخر .

وكذلك الأمر فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها حكم آخر صدر من محكمة القاهرة الابتدائية في ٢٠ مارس سنة ١٩٥٧ في حادث سقطت فيه احدى طائرات شركة مصر للطيران قرب طهران فقتل فيه أحد الركاب الذين استقلوا الطائرة المذكورة من بغداد ورفع ورثته دعوى التعويض على الشركة في مصر طالبوا فيها أولا بحق المجنى عليه في التعويض عن موته على أساس مسؤولية الشركة العقدية وثانيا بحقهم في التعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصا بسبب موته وذلك على أساس مسؤولية الشركة التقصيرية عن خطأ تابعها قائد الطائرة المنكوبة .

فكان يتعين على المحكمة فيما يتعلق بالشق الأول من الدعوى أن تدقق في تكييف مسؤولية الشركة قبل الراكب المضرور أهى بمسؤولية عقدية أم تقصيرية ولكن المحكمة لم يخامرها أى شك في ذلك حيث قررت في ثقة ويقين « أنه مما لا شك فيه أن الفقه والقضاء في مصر قد انعمد رأيهما على أن المسؤولية الناشئة عن عقد النقل برياً أو بحرياً أو جوياً انما هى مسؤولية عقدية ، كما أن الفقه الفرنسى يرى نفس الرأى » (وأشارت في ذلك الى موجز هنرى مازو في القانون المدنى طبعة ١٩٥٥ والى حكم محكمة مصر الابتدائية بتاريخ ١٣ مارس ١٩٥١ الذى تقدمت الاشارة اليه) ، ثم رتبت على ذلك مسؤولية الشركة بمجرد وقوع الحادث الذى أصيب فيه الراكب ، لأن ذلك يعد اخلافا بالتزام ضمان السلامة الناشئ عن العقد موجبا لمسئوليتها طالما أنها لم تقدم ما يدل على أن الحادث نشأ عن سبب أجنبى لا يد لها فيه واستطردت تقول « بل الثابت عكس ذلك اذ جاء بتقرير اللجنة الدولية أن الطيار قائد الطائرة المنكوبة

هو السبب المباشر للحادث لعدم استعماله وسائل الطيران بالأجهزة بل.
اعتمد في طيرانه على قواعد طيران الرؤيا وأنه لم يتبع أى خطة اقتراب
للهبوط باستعمال المناورات اللاسلكية الموجودة بالرغم من قرب المنطقة
الجبلية الوعرة ورغم أحوال الطقس الرديئة التى كانت سائدة فى ذلك
الوقت فى مطار مهر آباد ... الخ » •

وبين من ذلك أن هذا الحكم اذ فصل فى واقعة حدثت فى ظل
التقنين الجديد وقضى فيها باعتبار مسؤولية الناقل الجوى عن اصابة
الراكب مسؤولية عقدية كان فى ذلك — هو أيضا — متأثرا بالقضاء السابق
الذى تكون فى ظل القانون القديم ، ولم تكلف المحكمة فيه نفسها مؤونة
اعادة النظر فى تكليف هذه المسؤولية فى ضوء نصوص التقنين المدنى
الجديد التى حوت فى المادة ١٧٨ منه نصا يكفل التعويض للمصابين
فى مثل هذه الحوادث دون ارهاق عقد النقل والمسئولية المترتبة عليه. بما
لا يحتملانه من التزامات ومسئوليات ، وبخاصة لأن القضية التى فصلت
فيها كان خطأ الناقل الذى تتطلبه قواعد المسؤولية التقصيرية العادية
ثابتا فيها على الوجه الذى تقدم أن المحكمة بينته فى استطرادها سالف
الذكر ، فلم يكن من شأن التدقيق فى طبيعة المسؤولية ، عقدية كانت أو
تقصيرية ، أن يؤدى الى تغيير ما قضت به المحكمة من الزام الناقل
بالتعويض •

لذلك يبدو لنا أن هذه الأحكام الحديثة التى قررت أن مسؤولية
الناقل عن اصابة الراكب مسؤولية عقدية — بما فى ذلك الحكم موضوع
هذا التعليق والحكمان الآخران اللذان فصلنا فى وقائع يسرى عليها
التقنين الجديد — لا تفيد أن هذا التكليف هو التكليف الصحيح الذى
يقوم على أساس من القانون ، وانما تدل فقط على أن المحاكم ظلت تسير
على القضاء السابق الذى كان مسلما أنه يعوزه السند القانونى وأنه
لا يقوم الا على أساس العدالة ، ولا تنفى ما سبق أن قررناه من أن
القانون الجديد قد أوجد فى المادة ١٧٨ سندا قانونيا لمسئولية تقصيرية

تقوم ابتداء كما هو الشأن في المسؤولية العقدية ، أى دون حاجة الى قيام الراكب بإثبات خطأ معين فى مسلك الناقل ، وأن هذه الوسيلة التى استحدثها التقنين الجديد تكفى لتحقيق العدالة فى حوادث نقل الركاب الى حد كبير على أساس القانون ، فيتعين الأخذ بها بدلا من استمرار السير على ذلك القضاء البريتورى الذى اضطرت اليه المحاكم فى ظل التقنين القديم لانعدام مثل هذه الوسيلة فيه لأنه متى وجد الأساس القانونى لحل معين كان هو أولى بالاتباع من مجرد الاستناد الى قواعد العدالة ولا سيما اذا كان هذا الاستناد الأخير يقتضى ارهاق الواقع الذى اتجهت اليه ارادة العاقدين .

وليس هذا رأينا وحدنا بل سبقنا اليه كثير من أئمة الفقه الفرنسى (٥) . وقد اعترض عليه البعض بأن الاستناد الى قواعد المسؤولية عن الأشياء لا يكفى لحماية الراكب لأن هذه المسؤولية يشترط فيها أن ينتج الضرر عن تدخل ايجابى للشئ فلا تسعف الضرر اذا لم يكن الضرر ناجما عن مثل هذا التدخل ، ولأن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية يودى — فى مجال المسؤولية عن فعل الغير — الى قصر مسؤولية الناقل على نطاق أعمال تابعيه وخدمهم دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم فى تنفيذ التزامه من غير تابعيه (٦) .

غير أن هذا الاعتراض مردود بأن كلا من النظامين — نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية — له مزاياه ونقائصه . فاذا صح أن نظام المسؤولية التقصيرية يقصر عن حماية الراكب من

(٥) انظر جوسران فى كتاب النقل الطبعة الثانية نبذة ٨٨٣ وما بعدها ، بران Brun فى كتابه فى المسئوليتين العقدية والتقصيرية والصلة بينهما ، باريس سنة ١٩٣١ نبذة ١٨٥ وما بعدها والشرح السذبن اشار اليهم فى الهامش ، موران فى كتابه عن ثورة القانون على التقنين ص ٦٢ ، فريد بشرقى فى اصول القانون التجارى المصرى ج ١ نبذة ٤٢٢ ص ٥٢٧ — ٥٢٨ ، والمراجع الاخرى العديدة التى اشار اليها ثروت أنيس فى هامش ص ١٤٦ من رسالته فى مسؤولية الناقل الجوى . القاهرة سنة ١٩٥٩ .
(٦) فى هذا المعنى ثروت أنيس فى رسالته سالفة الذكر ص ١٤٧ .

الناحيتين للتلين أبرزهما الرأى المعارض ، فان نظام المسؤولية العقدية يتصر هو أيضا عن حماية الراكب من حيث انه يجيز الاتفاق على الاعفاء من مسؤولية الناقل فيفقد الراكب بذلك كل حماية ، وانه لا يخول المصاب تعويضا الا عن الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد فى حين أن نظام المسؤولية التقصيرية يكفل للراكب حماية أوفى لأنه لا يجيز شروط الاعفاء من المسؤولية ويخول المصاب تعويض جميع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة .

وليس المهم هو قدر المزايا التى يكفلها كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما ، وانما المهم هو الأساس القانونى الذى يسند تكييف المسؤولية مع كفالة القدر الكافى من الحماية للراكب . وقد توافر لدينا هذا الأساس فى المادة ١٧٨ من التقنين الجديد ، فأغنانا عن الالتجاء الى ارهاق العقد والمسؤولية العقدية تحقيقا للعدالة .

ونظرا للمزايا التى ينفرد بها كل من النظامين المذكورين ، فان الأهمية العملية للتدقيق فى تكييف مسؤولية أمين النقل عامة ، وأمين النقل الجوى خاصة ، واضحة كل الوضوح . لذلك نرجو أن يعرض الأمر فى وقت قريب على محكمة النقض فى احدى الصور التى تبرز فيها الأهمية العملية للفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية حتى تتاح الفرصة للمحكمة العليا أن تنظر فى المسألة من أساسها وفى ضوء المبادئ القانونية السليمة والنصوص المعمول بها لتقول فى هذا الشأن كلمتها التى سيكون فيها فصل الخطاب (٧) .

(٧) وسيجىء فيها بعد من ٢٩٣٠ أن فرصة بحث هذه المسألة قد سحقت أخيرا لمحكمة النقض ولكن المحكمة تجنبت هذا البحث بمقولة انه حتى مع التسليم بأن مسؤولية المدعى عليه عقدية وليست تقصيرية فان ذلك لا يغير من الامر شيئا مادام قد ثبت أن الحادث راجع الى سبب أجنبى ، وسنبين فيما يلى أن اعتبارته المحكمة سببا أجنبيا نفت على أساسه المسؤولية التقصيرية لم يكن هو السبب الأجنبى بمعناه اللغوى الذى يلزم توافره لدفع المسؤولية العقدية فكان ثبوته لا يكفى للقول بانعدام المصلحة فى تكييف المسؤولية بأنها عقدية .

ويلاحظ أن جميع الأحكام التي تقدمت الإشارة إليها قد قررت أن مسؤولية أمين نقل الركاب العقدية تقوم بمجرد ثبوت الإصابة التي تعد اختلالاً بالالتزام بالسلامة وأنه يجوز لأمين النقل دفعها بأن يثبت أن الحادث وقع بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجيء أو خطأ الراكب أو خطأ شخص أجنبي وأن ذلك مطابق لاجماع الفقه والقضاء في هذا الشأن وأن المقصود به هو اثبات السبب الأجنبي بمعناه الفني الدقيق كما سيجيء فيما بعد (٨) .

٢ - قيمة الشروط المطبوعة على تذاكر السفر بتحديد مسؤولية أمين النقل بمبلغ معين :

قال الحكم موضوع التعليق أن الشروط المطبوعة التي ترد في تذاكر السفر بحصر مسؤولية أمين النقل في الأحوال التي يعزى فيها الحادث للخطأ أو خطأ تابعيه بتحديد مقدار التعويض لا تغير من مسؤوليته المستمدة من القواعد العامة لأن مثل هذه الشروط التي لا تقبل المناقشة فيها ولا يسع الراكب إلا أن يقبلها مادام راعياً في السفر تعتبر شروطاً اذعانية لا يعتد بها القاضي .

وهذا القول على إطلاقه يوحى بأن المحكمة ترى أن جميع شروط الأذعان تقع باطلة ولا يعتد بها بمجرد ثبوت هذه الصفة لها . ونعتقد أن هذا القول قد جاوز قصد المحكمة من حيث تعميمه لأن الأصل في شروط الأذعان - سواء في ظل التقنين الحالي حيث ورد فيه نص خاص

(٨) في هذا المعنى من أحكام النقض الحديثة حكم نقض أول فبراير ١٩٨٣ في الطعن ١٢٨٨ سنة ٤٨ ق قرر أن مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو إصابة الراكب . مناطها أن يقع الحادث على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط وأساسها خطأ مفترض من جانب الناقل لا يرتفع عنه إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليه اتخاذها (مادة ١٧ و ٢٢ من اتفاقية غارسوفي) .

بشأنها أو في ظل التقنين السابق الذى كان خاليا من مثل هذا النص -
أنها صحيحة ويتم بها العقد وتترتب عليها آثارها كاملة الا اذا ثبت أن
هذه الشروط تعسفية أو أن الطرف المذعن لم يعلم بها ولم يكن فى وسعه
أن يعلم بها . ففي الحالة الأولى يجوز للقاضى تعديلها أو ابطالها ،
وفي الثانية يجوز له أن يعتبرها غير موجودة أصلا لعدم انعقاد ارادة
العاقدين المشتركة عليها (٩) .

يبين من ذلك أنه ما كان يكفى الحكم موضوع التعليق في عدم
اعتداده بتلك الشروط المطبوعة على تذكرة السفر مجرد وصفها بأنها
شروط اذعانية وكان يجب أن يبين وجه عدم الاعتداد بها سواء أكان ذلك
لأنها تعسفية أم كان لأنها مطبوعة بأحرف صغيرة لا يستطيع القارئ
تبين أهميتها . أم لوجود شروط مخطوطة تنقضها ... الخ .

ولو أن المحكمة كانت حاولت بيان ذلك ربما كان يتغير وجه الرأى
عندها ويبين لها أن تلك الشروط كان فى وسع الراكب أن يعلم بها وأنها
بعيدة عن التعسف .

وقد قضت فعلا بصحة مثل هذه الشروط محكمة القاهرة الابتدائية
بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٦٧٨ سنة ١٩٥١ كلى مصر التى
تقدمت الاشارة اليها حيث قررت أنه « لا يوجد مجال لتطبيق نظريات
الاذعان على تذكرة السفر بالطائرة وهى عقد نقل اشترط الاعفاء من
المسئولية فيه وله أحكام خاصة فى الفقه والقضاء يغنى الطرفين والمحكمة
عن الجدل فى اعتبار تذكرة السفر عقد اذعان ... » (١٠) .

(٩) راجع فى ذلك عبد المنعم الصدة فى عقود الاذعان ، رسالة من
جامعة القاهرة ١٩٤٦ ، وكتابه فى مصادر الالتزام ص ١٠٨ وما بعدها ،
والسنهوري فى الوسيط ج ١ ص ٢٣٢ نبذة ١١٨ ، وكتابنا فى نظرية العقد
١٩٥٦ نبذة ٩٣ ، والوفى ج ٢ المجلد الاول فى نظوية العقد سنة ١٩٨٧
ص ١٨٢ .

(١٠) انظر فى ذلك نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ فى الطعن رقم ٢٩٦ لسنة
٢٥ ق مجموعة احكام النقض س ١١ ، ص ٣٣٠ ، رقم ٥٠ .

٣ — بدء سريان أحكام معاهدة فارسوفى الدولية فى مصر :

وضعت معاهدة فارسوفى الدولية الخاصة بأحوال المسؤولية عن النقل الجوى الدولى للركاب وبتحديد مقدار التعويض الذى يستحق عن حوادث الطيران فى سنة ١٩٢٩ • ومن أهم أحكامها افتراض الخطأ فى جانب أمين النقل الجوى عند وقوع حادث لأحد الركاب الى أن يثبت هو أن الحادث لا يرجع الى خطأ منه أو من أحد تابعيه ، وكذلك تحديد مبلغ التعويض الذى يستحق عن وفاة الراكب بمائة وخمسة وعشرين ألف فرنك بوانكاريه وهو ما يساوى ٢٨٥٠ جنية مصرى ، وقد ضوعف هذا الحد الأعلى للتعويض فى بروتوكول لاهائ المعدل لاتفاقية فارسوفى المشار اليها بتاريخ ٢٨ سبتمبر ١٩٥٥ •

غير أنه من المسلم أن مثل هذه المعاهدة الدولية لا تلزم محاكم أى بلد بتطبيقها الا بناء على قانون يصدر باعتمادها والانضمام اليها ولم تعتمد مصر هذه المعاهدة ولم تنضم اليها الا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمقتضى القانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ ولم تعتمد بروتوكول لاهائ المعدل لها الا فى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ بمقتضى القانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، فلا تطبق المحاكم المصرية هذه المعاهدة فى الحالات التى يكون فيها القانون المصرى هو الواجب التطبيق الا على الحوادث التى تقع بعد ٧ ديسمبر ١٩٥٥ ولا تطبق أحكام البروتوكول المشار اليه الا على الحوادث التى تقع بعد ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ ، أما ما سبق ذلك من حوادث فتسرى عليه القواعد العامة للقانون المصرى سواء من حيث تكيف المسؤولية أو عبء اثبات الخطأ أو أسباب دفع المسؤولية أو شروط الاعفاء من المسؤولية أو تحديدها الخ • غلزم التنويه بذلك لأهميته (١١) •

(١١) انظر فى ذلك ثروت أنيس فى مسؤولية الناقل الجوى ، رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩ ص ٦٨ وما بعدها •

٤ — انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته :

قررت المحكمة في هذا الحكم في صيغة عامة مطلقة أنه من المقرر في ظل التقنين المدني القديم أن حق المصاب في التعويض يتحول الى مال في حالة وفاته وينتقل الى ورثته ويستوى في ذلك أن يكون المصاب قد توفى فور الحادث الضار أو لم يمض الا بعد انقضاء مدة قصرت أو طالقت من وقوع ذلك الحادث • ولم يفتها ملاحظة أن ما تقرره يخالف حكم المادة ٢٢٢ من التقنين الجديد الذي يقيد انتقال حق التعويض الى الورثة في بعض الحالات بشروط معينة فقالت : ان هذا الحكم الأخير مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ •

ومفاد ذلك أنها اعتبرت أن مبدأ انتقال حق المصاب في التعويض الى ورثته كان في ظل التقنين القديم مسلما على اطلاقه وأن التقنين الجديد هو الذي قصر تطبيق هذا المبدأ وقيده بشروط استحدثها •

والواقع أن الأمر بخلاف ذلك وأن غممه على وجهه الصحيح يحتاج الى تفصيل يستند الى التفرقة بين الضرر المادى والضرر الأدبى ، لأن هذا القول الذى أرسلته المحكمة مطلقا لا يصدق الا على الضرر المادى • واذا خصص بذلك فإنه لا يكون ثمت تعارض بينه وبين المادة ٢٢٢ مدنى جديد التى ورد نصها خاصا بالضرر الأدبى وحده وبالتالي لا محل لما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من القول بأن مضمون هذه المادة مستحدث لا يسرى الا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ •

ومن المسلم أن الضرر المادى هو الذى يسبب للإنسان خسارة مالية وهو نوعان : نوع يصيبه مباشرة في ماله أى في حق من الحقوق التى تدخل في تقويم ثروته ، ونوع يصيبه في جسمه اصابة تفقده قدرته على الكسب كلها أو بعضها أو يصيبه في سمعته اصابة تحول عنه عملاء •

والنوع الأول يخول من يصيبه حقا في التعويض يعتبر حقا ماليا يثبت له بمجرد حدوث الضرر وينتقل منه الى ورثته ، سواء أكان قد طالب به وحكم له به قبل وفاته ، أم لم يطالب ، أم طالب ولم يحكم له (١٢) .

أما النوع الثانى من الضرر المادى فقد قضت المحاكم الفرنسية أول الأمر بأنه يخول المضرور حقا في التعويض ولكن هذا الحق يكون حقا شخصيا بحيث لا ينتقل من بعده الى ورثته . غير أنها عدلت عن ذلك منذ أواخر القرن الماضى وقررت أن الضرر المادى بنوعيه أى سواء أصاب المضرور فى ماله مباشرة أم أصابه عن طريق إصابته فى جسمه أو فى حريته أو فى سمعته ، يخوله حقا في التعويض يعتبر عنصرا من عناصر ذمته المالية وينتقل من بعده الى ورثته (١٣) .

والضرر الأدبى هو الذى يصيب الانسان فى جسمه إصابة تسبب له آلاما جسمانية أو يصيبه فى عاطفته أو فى شرفه أو فى كرامته بقطع النظر عن أية خسارة مالية . وقد كان حق تعويضه تعويضا ماليا محل خلاف ، اذ رغضت المحاكم التسليم به أول الأمر واستندت فى ذلك الى أن الضرر الأدبى بطبيعته ضرر لا يعتبر خسارة مالية فلا يجبر بالتعويض المالى وأنه مما ينافى المثل العليا الأخلاقية أن ينزل الشخص شرفه واعتباره وعواطفه منزلة الأموال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها ، وأن تقدير الضرر الأدبى يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم وأن تقويمه بالمال لا بد أن يكون تحكما فلا يمكن أن يحقق العدالة .

(١٢) فى هذا المعنى مازو نبذة ١٩٠٣ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٣ ، ديوج ج ٤ نبذة ٥٣٩ ، مصطفى مرعى نبذة ٣٢٥ ، القلى فى تحقيق الجناسيات الطبعة الاولى ص ١٢٠ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ نبذة ٥٧٢ .
(١٣) نقض فرنسى ١٠ أبريل ١٩٢٢ والوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٢ ، وفى هذا المعنى بيدان الطبعة الاولى ج ٤ نبذة ١٣١٥ ، مازو نبذة ١٩٠٨ .

غير أن المحاكم ما لبثت أن عدلت عن ذلك حيث رأت أن التعويض المالى إذا كان لا يمحو الضرر الأدبى فانه يعطى المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر وأن صعوبة تقدير الضرر وتقويمه لا يجوز أن تكون سببا فى عدم تعويضه وأن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب فى الضرر من كل جزاء لجرد أن الضرر أدبى (١٤) .

وقد تغلب هذا النظر الأخير وانعقد عليه من زمن غير قريب اجماع الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر وقضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر الأدبى يصح أن يعوض عنه تعويضا ماديا لأن التعويض المادى — مهما قيل عن تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبى — يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم عن نفس المضرور (١٥) .

غير أن هذا الاجماع اقتصر على التسليم للمضرور بحق التعويض عن الضرر الأدبى ولم ينعقد على طبيعة هذا الحق وخصائصه ، فذهب فريق من الشراح والمحاكم الى أن هذا الحق حق شخصى بحث يتوقف اعتباره من الحقوق المالية ودخوله فى ثروة الانسان على تقدير المضرور له ومطالبته به . فاذا توفى المضرور قبل أن يطالب به انقضى هذا الحق بانقضاء شخصيته ولم يوجد فى تركته وامتنع انتقاله الى ورثته (١٦)

(١٤) انظر فى ذلك دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسؤولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ١٢٦ وما بعدها .

(١٥) نقض ٧ نوفمبر ١٩٢٢ مرجع القضاء رقم ٥٣٦٩ المحاماة ١٣ — ٥٠٢ — ٢٥٢ مجموعة القواعد القانونية ٣ — ١ — ١ ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٤٦ ، انظر ايضا نقض جنائى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤ التشريع والقضاء ٤ — ١٣٧ — ١١٣ ، وايضا ٢٥ مارس ١٩٠٥ المجموعة ٦ — ١٥٦ — ٧٥ ، ونقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة احكام النقض ٥ — ٢٤١ — ٣٦ .

(١٦) هيك ج ٨ نبذة ٤٢٠ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديهوج ج ٤ نبذة ٤١٤ ، بلانويل وريبير الموجز ج ٢ نبذة ١٠٠٨ والطول ج ٦ نبذة ٦٥٨ ، لوسين ريبير فى رسالتها عن تعويض الضرر سنة ١٩٣٣ نبذة ١٣٠ ، سافاتييه فى المسؤولية المدنية ج ٢ نبذة ٦٢٢ و ٦٢٩ وتطبيق فى مجلة القانون الجنى الفصلية ١٩٤٠ — ١٩٤١ ص ٩٠ رقم ٢٢ وآخر فى دالوز ١٩٤٠ — =

بل ذهبت محكمة الاستئناف المختطة في بعض أحكامها الى حد القول بأنه لا يكفي لانتقال حق المصاب الى الورثة أن يكون المصاب قد طالب به حال حياته بل يجب أن يصبح هذا الحق مقررا قبل وفاة صاحبه اما بحكم نهائي واما باتفاق بين الطرفين (١٧) .

ولكن هذا الرأي كان يعوزه في ظل التقنين المدني الملغى السند القانوني ولم يكن من الصعب تنفيده .

فالقائلون به يزعمون (أولا) أن حق التعويض عن الضرر الأدبي لا يدخل في ذمة المضرور المالية الا متى حصلت المطالبة به . وهذا الزعم لا يتفق مع المبادئ العامة . اذ أنه من المسلم أن الحق في التعويض سواء في ذلك التعويض عن الضرر الأدبي والتعويض عن الضرر المادي — ينشأ عن الفعل الضار ومن وقت تحقق الضرر منه أو صيرورته محقق الوقوع . فلا محل لتعليق نشوء الحق في تعويض الضرر الأدبي على حصول المطالبة به . فلو أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق . لأنه اذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به فان وجوده يكون مستحيلا لعدم جواز المطالبة بأى حق قبل نشوئه .

وهم يدعون — أيضا — أن وفاة المضرور دون أن يطلب بهذا الحق دليل على تنازله عنه . ولكن هذه الدعوى مردودة بأن التنازل لا يفترض وبأن سكوت المضرور عن المطالبة لا يفيد حتما نزوله عن الحق بل ربما يكون ذلك راجعا الى أنه لم يتمكن من المطالبة أو الى أنه

٢ — ٩ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٢٥٤ ، عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٧٣٥ نبذة ٧٩٤ ، حشمت أبو ستيت في الالتزامات الطبعة الاولى ص ٣٣١ نبذة ٤٦٧ ، استئناف مختلط ١٧ يونيه ١٩١٤ الغازيت ٤ — ٤٨٦ — ٢٠٤ ، أول ديسمبر ١٩١٥ (٢٨ ص ٣٧) الغازيت ٦ — ٣٢ — ٥٦ ، ١٣ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٢٧٩) ، بنى سويف جنح مستأنفة ٢ مارس ١٩٢٢ المحلطة ٢ — ٣٦٢ — ١١٥ .
(١٧) استئناف مخطط ١٥ يونيه ١٩٣٨ (٥٠ ص ٣٦٧) ، ٢٧ نوفمبر ١٩٤٠ (٥٣ ص ٢٠) .

كان يؤمل الوصول الى اتفاق مع المسئول عن التعويض فأدركته منيته
قبل أن يتمكن من المطالبة أو يتحقق أمله في الاتفاق •

وهم يقولون — أخيرا — ان حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور فلا يجوز لغيره أن يباشره • وكانوا يستدلون على ذلك بالمادة ١٤١ أهلى ، ٢٠٢ مختلط ، ١٣٦٦ فرنسى التى تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات عدا الدعاوى الخاصة بشخصه *sauf les actions purement personnelles* كما ورد فى النص الفرنسى للتقنين المصرى الملقى أو *à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* كما ورد فى نص القانون الفرنسى • وهذا القول أيضا بعيد عن الصواب لأنه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي حق متصل بشخص المضرور لا يجوز لغيره أن يباشره حال حياته ، يبقى أن هذا الحق له وجود فى ذمة الشخص المالية ، وأنه يتخلف عنه بعد وفاته ، فينتقل الى ورثته فى ضمن محتويات تركته • ولا يسرى على الورثة التحريم الوارد فى النص المشار اليه بشأن الدائنين لأن أولئك يكملون شخصية المورث ويقومون مقامه فى جميع حقوقه خلافا لدائنيه حال حياته •

لذلك قال فريق آخر من الشراح بانتقال الحق الى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه مادام هذا لم ينزل عنه (١٨) •

(١٨) لابيه فى تعليقه فى سبرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست تعليق فى سبرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٧ ، بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، جوسران فى كتاب النقل نبذة ١٩٢٢ ، ديهوج ج ٤ نبذة ٢٨ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، جيلهو Guilhou فى بحث له فى تعويض الالام الجسمية التى يتحملها الجنى عليه الذى يقضى نحوه ، غازيت القضاء ١٩٣٧ — ٣ — ٣٦ من القسم الفقهي ، هنرى وليون مازو نبذة ١٩٠٦ وتعليقاتها فى مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٣٨ ص ٤٦٧ نبذة ١٩ ، ١٩٣٩ ص ٧٥٢ نبذة ٢٤ ، ١٩٤٢ ص ٢٠٢ نبذة ٢٠ ، وفى دالوز الانتقادی ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ ، وكتابنا فى الفعل الضار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٩ •

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض البلجيكية منذ سنة ١٩٣٠ (١٩) وتابعتها فيه سائر المحاكم البلجيكية (١٩ مكرر) كما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمين بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣١ (غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ٦٩٤) و ١٥ يونيه ١٩٣٧ (مشار اليه في مقال جيليهو سالف الذكر) ثم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٨ يونيه ١٩٤٣ (٢٠) • أما المحاكم المصرية فلم تصل قط الى هذا الحد • بل وقفت عند حد الرأي السابق كما تقدم •

واذا رجعنا الى وقائع الحكم موضوع هذا التعليق وجدنا فيها أن المدعين طالبوا بتعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى أصاب مورثهم ، فثوق مطالبتهم بتعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى أصاب كلا منهم شخصيا • فإذا ألقينا الحكم يقول فى صيغة عامة مطلقة « انه من المقرر فى ظل التقنين المدنى القديم أن حق المصاب فى التعويض يتحول الى مال فى حالة وفاته وينتقل الى ورثته » ، تبادر الى الذهن أن الحكم يقرر ذلك فى شأن تعويض كلا النوعين من الضرر متأثرا بوجود ضرر مادى جسيم الى جانب الضرر الأدبى المطلوب تعويضه ، ولكن الواقع أن المحكمة نظرت فى ذلك الى الضرر الأدبى على انفراد وقالت فى شأنه « انه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق شخصى يتصل بذات المجنى عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال حياته ، فإن ذلك لا ينفى عن هذا الحق صفته المالية ووجوده فى ذمة صاحبه حال حياته وتخلفه عنه بعد موته فى ضمن تركته وانتقاله بالتالى الى ورثته • وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة ١٩٤٣ الى أن هذا الحق ينتقل الى ورثة المجنى عليه ، كما ينتقل اليهم حقه فى التعويض عن الضرر المادى مادام المجنى عليه لم ينزل عنه قبل وفاته ،

(١٩) نقض بلجيكي ٣٠ يونيه ١٩٣٠ مجلة التامين والمسئولية ١٩٣٢ ص ١٠٥٩ .
(١٩ مكرر) انظر الاحكام المعديدة التى ذكرها بيرسون ودى فيليه ج ١ نبذة ٢١٢ .
(٢٠) دالوز الانتقادى ١٩٤٣ — ١ — ٤٥ وتعليق ليون لازو .

وكانت محكمة النقض البلجيكية قد سبقتها الى ذلك منذ سنة ١٩٣٠ ، ولا تأبى المحكمة بتمسك الشركة المستأنفة بما تضمنته المادة ٢٢٢ من التقنين المدني الجديد الذى عمل به من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ من اعتبار الحق عن التعويض الأدبى من نوع خاص لا تثبت له صفته المالية الا متى طالب به صاحبه أمام القضاء أو أقر به المسئول ، ذلك لأن هذا النص قد استحدثه المشرع المصرى فى التقنين الجديد ولم يكن له مقابل فى التشريع الملغى ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية بالدائرة الجنائية مبدأ انتقال حق الضرر فى التعويض بنوعيه الى ورثته ولو لم يطالب به قبل وفاته » . ولم يكن ثمة مانع يمنع المحكمة من السير فى هذا الاتجاه بعد أن تمحص الأمر وتنتهى منه الى الرأى الذى أشارت الى أن المحاكم الفرنسية والبلجيكية سبقتها اليه . ولكنها لم تفعل بل نسبت هذا الرأى الى القضاء المصرى السابق واعتبرته مقرراً فى ظل التقنين القديم واكتفت بترديده على هذا الأساس مع أننا قد بينا أن القضاء المصرى لم يكن وصل ولم يصل قط الى هذا الرأى .

أما حكم النقض المصرى الذى استند اليه الحكم موضوع هذا التعليل فهو الحكم الصادر من الدائرة الجنائية فى ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٢٠ ق ، وقد جاء فيه « أن القول بأن الدعوى المرغوعة من ورثة المجرى عليه لا تقبل هو قول القانون الرومانى تأسيساً على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته . أما القانون المصرى فإنه لم يأخذ بذلك بل رأى أن الحق فى التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد تنازل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانوناً » (٢١) .

وقد سبق أن علقنا عليه فى حينه (٢٢) وأوضحنا أنه لا عبرة بما اشترطه من عدم نزول الضرر عن حقه فى التعويض ومن عدم سقوط هذا الحق بالتقادم لأن هذين الشرطين ليسا خاصين بانتقال الحق فى

(٢١) الحلباء ٢٢ — ١٣٨٦ — ٣٥٤ .

(٢٢) مجلة التشريع والقضاء ٤ — ١٣٧ نقض جنائى وما بعدها ، انظر

ما تقدم فى ص ٢٤٠ وما بعدها .

التعويض بل هما شرطان. بدهيان يلزم توأفرهما في انتقال أى من الحقوق ، فلا محل لإعتبارهما قيديين خاصين واردين على القاعدة التى يبدو أن الحكم المذكور يقررها في صيغته العامة المطلقة .

كما أوضحنا من جهة أخرى أن هذا التعميم أو الإطلاق قد جاوز قصد المحكمة ، وأنه على كل حال لا يبدو أن يكون تريدا منها لا يصح اعتباره تقريراً لمبدأ لأن وقائع القضية التى كافت معروضة عليها لم تكن تقتضيه حيث كان الأمر يتعلق بالمطالبة بتعويض عن ضرر جسمى هو فقد الجنى عليه احدى عينيه أى أحداث عاهة مستديمة به تنقص قدرته على الكسب ، وبالتالي تعتبر ضرراً مادياً يصدق عليه ما قرره الحكم من انتقال الحق في تعويضه الى الورثة دون قيد أو شرط لا مجرد ضرر أدبى .

وكذلك الحال في حكم سابق قررت فيه محكمة النقض بتاريخ ١٤ مارس ١٩٤٤ أنه « اذا كانت الجريمة الواقعة لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى الجنى عليه فلو ولد الجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائمه لأن من حقه بصفته وارثاً له أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه على اعتبار أن هذا الضرر يستحيل في النهاية الى مال يورث عن المضرور ، ومادام الجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في التعويض فلا محل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض (٢٣) » .

وقد علقنا على هذا الحكم أيضاً في حينه وبينا أن المقصود بما قرره هو التعويض عن الضرر المادى فقط لأن موضوع القضية كان كما في حكم ٣٠ أكتوبر ١٩٥٠ تعويضاً عن ضرب سبب عاهة مستديمة ، أما التعويض عن الضرر الأدبى البحت فلم يكن له محل في تلك القضية ولم

يكن للمحكمة أن تعوض له مطلقا ولا أن تقرر بشأنه مبدأ ، فكان ذكره في عبارتها تريدا غير مقصود ولا يجوز التعويل عليه (٢٤) .

وقد قررت محكمة النقض مثل ذلك أيضا بشأن ضرر أدبي بحث في حكم صدر من دائرتها الجنائية بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٠ قررت فيه أن القافون يسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى في ايجاب التعويض للمضرور وترتيب حق الدعوى به . وأن الضرر الأدبي متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال وأن حق المورث في تعويض الضرر الأدبي والدعوى به هو من الحقوق المالية التى تعد جزءا من تركته وتنقل بوفاة الى ورثته مادام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه (٢٥) .

وقد علقنا على هذا الحكم أيضا في حينه وبيننا أنه وإن كان موضوع الدعوى ضررا أدبيا بحثا خلافا لموضوع الحكمين السابقين . وهو عبارة عن لوعة أصابت الوالد بسبب فقد ولده . وبالرغم من أن عبارات المحكمة يبدو أنها تسوى بين الضرر الأدبي والضرر المادى من جميع الوجوه فإنه لا يمكن الأخذ بهذه العبارات على إطلاقها لأن وقائع الدعوى كان فيها ما يبرر انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة وفقا لمذهب القضاء المصرى الذى تقدمت الاشارة اليه فيما يتعلق بالضرر الأدبي . ذلك أن المجنى عليه كان قد ادعى مدنيا أمام المحكمة الجنائية وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض . فحقت له محكمة أول درجة بتعويض فاستأنف المحكوم عليهم واستأنفت النيابة . ثم توفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الاستئناف فحلت محله ورثته أى أن المضرور كان قد طالب قبل وفاته بتعويضه عن الضرر الأدبي الذى أصابه ولما يحكم له نهائيا بهذا التعويض فكان ذلك كاهيا للقول بانتقال

(٢٤) انظر تعليقا على هذا الحكم في مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ العدد الاول .
(٢٥) المحللة ٣٢ — ١٣٥٤ — ٤٢٤ .

حقه في التعويض حتى عند القائلين بالتفرقة في ذلك بين التعويض عن الضرر المادي والتعويض عن الضرر الأدبي ، وخلصنا من ذلك الى أن ما قضى به هذا الحكم بالرغم من عموم عبارته ليس كافيا للقول بأن المحكمة رأت العدول عن التفرقة بين الضرر المادي والضرر الأدبي من حيث انتقال حق التعويض الى الورثة وعن تعليق هذا الانتقال في حالة الضرر الأدبي على حصول المطالبة به قبل وفاة المضرور ، اذ لا يمكن القول بذلك الا اذا صدر حكم يأخذ بانتقال الحق في التعويض عن ضرر أدبي بحت الى الورثة في قضية لا يكون المضرور فيها قد طلب بهذا الحق قبل وفاته أو اصطالح عليه (٢٦) .

ولأن مثل هذا الحكم لم يصدر الى الآن فيما نعلم فانه لا يمكن التسليم بما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من أنه من المقرر في ظل التقنين القديم أن حق المصاب في التعويض عن الضرر الأدبي البحت ينتقل الى ورثته دون قيد أو شرط خلافا لما أخذ به التقنين الجديد من تقييد ذلك بشرط المطالبة بهذا الحق أو الاتفاق بشأنه قبل موت المصاب ، وبالتالي لا ينبغي اعتبار حكم التقنين الجديد في هذا الشأن حكماً مستجداً لا يسرى الا على ما يقع من وقائع ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ لأن الواقع أن هذا الحكم لم يكن الا تقنيا للقضاء السابق وقد أشارت الى ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث قالت ان حكم المادة ٢٣٨ فقرة أولى من ذلك المشروع (وهى التى أصبحت المادة ٢٣٢ فقرة أولى من القانون) مطابق لأحكام محكمة الاستئناف المختلطة الصادرة بتاريخ ١٥ يونيه ١٩٣٨ وأول يونيه ١٩٣٥ و ٢١ نوفمبر ١٩٣٥ (٢٧) .

ويظهر أن ما حدا الحكم موضوع هذا التعليق الى القول بهذا الرأى الذى شعرت المحكمة بعدالته هو أنه قد رسمخ في ذهنها أن ضرر الموت

(٢٦) انظر تعليقنا على هذا الحكم في مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ١٢٧ من قسم النقض الجنائى وما بعدها . راجع ما تقدم في ص ٢٤١ وما بعدها .

(٢٧) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ هامش ص ٣٩١ .

ضرر أدبي في حين أنها لو اعتبرت ما غيه من ضرر مادي ما احتاجت الى مخالفة القضاء السابق أو الى أن تنسب اليه مذهباً غير مذهبه .

٥ - ضرر الموت - طبيعته وانتقال الحق في التعويض عنه الى الورثة :

جاء في الحكم موضوع هذا التعليق أن حق المصاب في التعويض يتحول الى مال في حالة وفاة الأخير وينتقل الى ورثته ، وأن الراجح أنه لا مسأغ للتفرقة بين الأحوال التي تقع فيها الوفاة عقب الحادث مباشرة والأحوال التي لا تعقب فيها الوفاة الحادث .

وهذا القول بدهي غيما يتعلق بالأضرار التي تلحق المصاب حال حياته بحيث يستحق عنها تعويضا ، مع التحفظ الذي تقدم غيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي إذ أن هذا الأخير لا ينتقل الى الورثة وفقا لنص المادة ٢٢٢ فقرة أولى مدنى جديد والقضاء السابق على صدور التقنين الجديد الا اذا كان المصاب قد طالب به أو اتفق بشأنه قبل موته .

أما تطبيق هذا القول على الضرر الذى يصيب المرء من جراء موته ، وهو ما نسميه ضرر الموت ، هيثير عدة مسائل أولية : أيعتبر من تسبب في موت انسان أنه أحدث به ضرا ؟ وإذا كان ينشأ عن الموت ضرر لمن يموت أيرتب عليه نشوء حق في تعويض ؟ وهل يعتبر هذا التعويض تعويضا عن ضرر مادي بحيث ينتقل الحق فيه الى الورثة دون قيد أو شرط ؟ أم يعتبر تعويضا عن ضرر أدبي فيمتنع وفقا للقانون المصرى انتقال الحق فيه الى الورثة لاستحالة المطالبة به أو الاتفاق عليه قبل موت المصاب ؟

ان عبارات الحكم موضوع هذا التعليق لم تتناول هذه المسائل الا من بعيد ويبدو أنها تفيد أن الموت ضرر يرتب في ذمة الميت قبل أن يموت حقا في التعويض وأن هذا الحق ينتقل من بعده الى ورثته .

ولا جدال في أن الموت يلحق بمن يحل به ضررا • فإذا كان الموت طبيعيا فلا مسئولية فيه على أحد • أما ان حدث بفعل فاعل كان هذا الفاعل مسئولا عنه (٢٨) •

ولكن كيف تكون المسئولية المدنية عن ضرر الموت ، وفي ذمة من ينشأ الحق في التعويض الذي يقابل هذه المسئولية ؟ اذا قلنا انه ينشأ في ذمة المصاب قبل أن يموت فكأننا نجيز نشوء الحق في التعويض من قبل تحقق الضرر مع أن تحققه شرط لثبوت الحق في التعويض • وإذا قلنا انه لا ينشأ الا عند تحقق ذلك الضرر أى عند تحقق الموت قامت دون ذلك عقبة وهي أنه بالموت تفنى شخصية الانسان وتغرب ذمته المالية وتتعدم صلاحيتها لتعلق الحقوق بها ، فنضطر الى القول بأن هذا الضرر لا ينشئ حقا في تعويض •

اختلفت الشراح والمحاكم في هذا الشأن اختلفا كبيرا •

فوقف فريق منهم عند هذه الصعوبة لا يجد لها حلا ، واضطر الى التسليم بأن ليس للمجنى عليه ولا لتركته حق في التعويض عن موته وليس لورثته أن يطالبوا الا بما أصابهم شخصا من أضرار بسبب موت مورثهم (٢٩) • ويبرر هذا الفريق الأول رأيه بأن كل نفس ذائقة الموت

(٢٨) مصر الابتدائية ٢٠ مارس ١٩٥٧ المحاماة ٣٧ — ١٣١٦ —

٥٥٨

(٢٩) جوسران في كتاب النقل نبذة ٩٢٢ وعدة تعليقات في دالوز ٩٢٩ — ١ — ١٦١ ، ١٩٣٠ — ١ — ٢٥٠ ، ١٩٣٣ — ١ — ١٣٧ ، بيرسون ودي فليليه في المسئولية المدنية ج ١ ص ٤٦٣ ، دابان في بحث منشور في مجلة بلجيكا القضائية ١٩٣٥ ص ١٥ الى ص ٢٢ ، جاردينا وريتشى في المسئولية المدنية ص ٣٥ نبذة ١٢٧ و ١٢٨ ، ريكول في دروسه في المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٢٩ ص ١٣٨ ، محكمة السين الفرنسية ٩ يناير ١٨٧٩ سري ١٨٨١ — ٢ — ٢١ وتعليق لابييه ، تولوز ١٧ أبريل ١٩٠٢ سري ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ وتعليق لاكوست ، باريس ١٢ يولييه ١٩٢٨ غازيت القضاء — ١٩٢٨ — ٢ — ٦٥٠ ، باريس ٨ أبريل ١٩٣٥ دالوز الاستيومنى ١٩٣٥ — ٤٤٩ ، وفي الفقه المصرى القللى في تحقيق الجنايات الطبعة الثالثة سنة =

ان أجلا أو عاجلا ، فلا محل لطلب تعويض عن الموت في ذاته ، ولا سيما ان الميت لا يحس شيئا ولا يخسر شيئا ، فضلا عن أن شخصيته تفتنى منذ موته وترول معها صلاحيته لاكتساب الحقوق .

ولكن هذا القول مردود (أولا) ، بأن الموت ، وان كان حقا على كل انسان ، وان كان لا يستوجب التعويض اذا وقع قضاء وقدر ، يستوجب ان حدث بخطأ مسئول ، اذ يكون الظاهر أن هذا الفعل قد استعجل الموت وقصر الحياة ، و (ثانيا) ، بأنه لا يستساغ مطلقا القول بأن من يفقد الحياة لا يخسر شيئا اذ الواقع أن الحياة هي أغلى ما يحرص عليه الانسان لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى ، وان فقدوها يعتبر شر المصائب لأنه — فوق الألم الجسمانى والنفسانى الذى يصاحبه — يحرم الانسان كل متعة ويقضى على أهم عنصر من العناصر التى تعتمد عليها ثروته ، و (ثالثا) بأنه اذا كان صحيحا أن حق المجنى عليه في تعويض هذه الخسارة العظمى لا يمكن تصور نشوئه بعد الموت فإنه يجب أن لا يفوتنا أن مصدر هذا الحق انما هو الفعل الضار وأن الفعل الضار لا يكتمل وجوده الا بتحقيق الضرر منه وان تحقق الضرر يكون اما بوقوعه فعلا واما بصيرورته محقق الوقوع مستقبلا (٣٠) ، وأن الفعل الذى يسبب الموت لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجه ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به عن كل الأضرار المحققة التى نشأت من هذا الفعل الضار والتى تنشأ عنه فيما بعد طالما أنها تعتبر نتيجة مباشرة له ، فينشأ الحق في التعويض عن الموت قبل أن يموت المجنى عليه فعلا ومن الوقت الذى يصير فيه محققا أن الاصابة ستفضى لا محالة الى موته ، ولا ينشأ في الحالة التى تقتصر فيها

= ١٩٤٥ ص ١٣٥ ، محمود مصطفى في شرح قانون الاجراءات الجنائية الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ ص ١٥١ نيذة ١٢٩ .

(٣٠) في هذا المعنى نقض مدنى ١١ يناير ١٩٨٤ في الطعن رقم ٨٩٠ لسنة ٥٠ ق ، وايضا ٢٠ مارس ١٩٨٤ في الطعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٤٩ ق .

الاصابة على جعل الموت محتمل الوقوع فحسب الا من الوقت الذى يزول فيه الشك ويصير فيه الموت محقق الوقوع • ولابد أن يصير الموت محقق الوقوع قبل حدوثه ولو بلحظة واحدة • هفى هذه اللحظة ينشأ الحق فى التعويض ويكون نشوءه سابقا على حدوث الموت وعلى إلغاء شخصية المجنى عليه •

لهذا ذهب فريق كبير من الشراح الى وجوب الاعتراف للمجنى عليه بنشوء حق له فى التعويض عن موته ، وبأن هذا الحق ينشأ فى ذمة المجنى عليه قبل حدوث الوفاة ولو أدى الفعل الضار الى الوفاة فورا ، لأن الموت مادام نتيجة للفعل الضار فلا بد من أن يكون السبب قد تقدم المسبب وأن يكون نشوء الحق فى التعويض سابقا بالتالى على حصول الوفاة ، وأن يتخلف هذا الحق عن المجنى عليه بعد موته ويؤول الى ورثته (٣١) •

وكذلك انقسمت المحاكم الفرنسية والمصرية فى هذا الشأن ، فأخذت الكثرة بالرأى الأول والقلة بالرأى الثانى (٣٢) •

ومن الأحكام المصرية الحديثة التى أخذت بالرأى الأول حكم

(٣١) ديمولومب ج ٣١ نبذة ٦٨١ ، لابييه فى تعليق له فى سبرى ١٨٨١ — ٢ — ٢١ ، لاكوست فى تعليق له فى سبرى ١٩٠٥ — ٢ — ٨١ ، سوردا ج ١ نبذة ٥٦ مكرن ونبذة ٥٧ ، فوستان هيلى ج ١ ص ٦٧٥ ، بودرى لاكتيتزى وبارد ج ٤ نبذة ٢٨٨٤ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢٤٥ ، ديوج ج ٤ نبذة ٥٣٦ ، لالو فى دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ص ٢٧ فى ضمن مقال عنوانه « نور الحق فى التعويض من الحوادث المميتة » ، ديمير Dement فى مجلة التأمين البلجيكية Bulletin des assurances ١٩٢٨ ص ١٠٢٩ ، بيريه Perret فى رسالته فى ذوى الحق فى التعويض من الحوادث المميتة ، باريس ١٩٣٣ ص ١٢١ ، ملازو ج ٢ نبذة ١٩١٢ و ١٩١٣ ، سافاتييه الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ٥٤٣ ص ١٢٢ ، مصطفى مرمى نبذة ٣٢٥ ، السنهورى فى الوسيط ج ١ ص ٩١٨ هامش ٣ وتعليقنا فى مجلة القانون والاقتصاد ص ١٨ عدد مارس ١٩٤٨ • • •

(٣٢) انظر فى ذلك الاحكام الفرنسية والمصرية التى اشرنا اليها فى دروسنا لطلبة الدكتوراه فى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٥ ص ١٤٧ •

استئناف القاهرة في ٢٦ أبريل ١٩٥٣ في قضية الطيار المرحوم شريح طلعت ضد شركة مصر للطيران التي تلخص وقائعها في أن الطائرة احترقت في الجو وسقطت غمات الطيار لتوه ، وطالب والده الشركة بالتعويض الذي يستحق لولده الذي قضى نحبه في هذا الحادث باعتبارها مسئولة مسئولية عقدية عن سلامة طيارها الذي كان متعاقدا معها على قيادة طائراتها وباعتباره هو قد ورث عن ولده المفقيد هذا الحق .
وبتعويض آخر عما أصابه شخصا من لوعة وألم بسبب فقد ولده فمالت المحكمة فيما يتعلق بالطلب الأول ما يأتي :

« وخيث ان ما ذهب اليه والد الطيار في خصوص هذا الطلب لا تقره هذه المحكمة عليه ولا تأخذ به لأن الحق الذي يورث لابد وأن يكون ثابتا وقائما كي ينتقل الى الوارث بطريق الارث وهو اذ ينتقل اليه يعتبر أنه كائن في ذمة المتوفى المالية التي تؤول من بعده الى ورثته الشرعيين ، ولما كان من المقطوع به أن الحادث وقع فجائيا وفي لحظات قد لا تتجاوز الثواني وأن الطيار ومرافقيه لقوا حتفهم فور وقوع الحادث الذي بلغ من هوله وجسامته أن ضحاياهم تمزقت أجسامهم اربا وتبعثرت بقاياهم وأسلأهم . فعمت معالمها واندثرت آثارها وتشتتت أجزاؤها واختلطت ببعضها فاستعصى تمييزها واستحال الجمع بينها ، وما وجد منها وضع مكدسا في جراب لا تعرف ماهيتها ولا أنواعها ، مثل هذا الحادث الرهيب الذي أطل الموت عليه من وقت حصوله لا يمكن أن يقال فيه ان ضحاياهم عاشوا زمنا ولو ضئيلا اكتسبوا في خلاله حق المطالبة بالتعويض وانتقل هذا الحق من بعدهم لورثتهم ، لا يجوز هذا الرأي في القانون ولا في منطق الحادث لأن الموت كان داهما وفجائيا ولم يدع لضحاياهم فترة من الزمن طالت أو قصرت لأيلولة الحق اليهم أو استقراره في ذمتهم ، وأنى يكون لبيت جق وهو فاقد الحياة لا يملك من أمره نفعا ولا ضرا . وهب أنهم أشرفوا على الموت والطائرة تحترق في الجو أو ترتطم بالجبل فلا يدري أحد هل أدركتهم الوفاة وهم في الجو وتخبطت الطائرة وهي بغير قبائذ يقودها غاصطدمت بالجبل أو أنها هوت محترقة في ثوان

معدودات • وفي كلتا الحالتين ليس هناك من يجوز له في حكم القانون أن يملك وأن تتولد له ذمة مالية من جراء الحادث تبقى بعده وتتوَل إلى ورثته » •

« وحيث انه يترتب على ما تقدم أن الحق السذى يتمسك به والد الطيار ويقول انه انتقل اليه بطريق الميراث عن ولده الفقيد ، هذا الحق لا وجود له لانعدام مالكة وصاحب الشأن فيه • ومادام الأمر كذلك فلا يدخل في ذمته المالية وليس لورثته أن يطالبوا به • ومن ثم يكون الطلب المبني على هذا الحق على غير أساس ويكون الحكم المستأنف قد أصاب إذ قضى برفضه » •

« ولا يبقى مبرر بعد ذلك للخوض في موضوع المسؤولية التعاقدية وقد أصبحت غير ذات موضوع » •

وبالعكس من ذلك صدر قبل الحكم محل هذا التعليق حكمان أخذا بالرأى العكسى وهو الذى أقره هذا الحكم وقضى بمقتضاه : أحدهما من محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ٢ يونيه ١٩٥٢ في القضية رقم ١٦٧٨ سنة ١٩٥١ كلى مصر (قضية ورثة المرحوم عبد اللطيف محرم) والآخر من المحكمة ذاتها أيضا بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٧ في القضية رقم ٣٣٣ سنة ١٩٥٤ (منشور في المحاماة ٣٧ — ١٣١٦ — ٥٥٨) •

وقد جاء في حكم ٢ يونيه ١٩٥٢ المذكور أنه « يظهر أن الشركة تشير بهذا الى المذهب الذى يقول بأن المورث لم ينشأ له حق لموته فورا ولكن المحكمة ترد عليها بأن هذا الرأى مرجوح في الفقه الفرنسى لأن الرأى الراجح والسائد فيه أن حق المجنى عليه ينشأ من وقت وقوع الحادث وبمجرد شعوره بنتيجته الحتمية ... »

(وأشارت المحكمة في ذلك الى كتاب مازو ج ٢ نبذة ٩١٢ ، وحكم نقض مصرى ١٤ مارس ١٩٤٤ الذى سبق تحليلنا اياه) ثم قالت :

« وحيث إن المحكمة تنتهي من ذلك الى أنه لا مانع عندنا في القضاء المصرى من مطالبة الورثة بحق المورث الذى أعجله الموت عن المطالبة به والذى نشأ له في الفترة التى أحقق به فيها الخطر والمطالبة في الوقت ذاته بحقهم الشخصى الذى تولد لهم من اصابتهم في عواطفهم ومصلحتهم وآمالهم وشخص مورثهم • ولا شك في أن حق المورث في التعويض قد نشأ في الفترة التى قذرت بثلاث دقائق والتي بدرت فيها الكارثة كما رواها الشهود من الطيارين ورجال الفن والتي بدأت أولا بانفصال مؤخر الطائرة ثم انقلابها ومحاولة انقاذها وفشل المحاولة واندفاعها بسرعة حتى سقطت في البحر ثم ابتلعها اليم • والفقه الفرنسى يقول ان الضرر الذى يصيب المتوفى في مثل هذه الحالة يتمثل في سلب حياته منه فجأة وما يجرى في فترات اليأس ولحظات استقبال الموت من هدم آمال الشخص في الحياة وهو ضرر أدبى ، والضرر المادى الذى يتمثل في الآلام البدنية التى يعانيتها مهما قصرت مدتها وفي القضاء على أهم ناحية ايجابية لذمته المالية وهى حياته وذكاؤه وقوته » (ثم أشار الحكم الى ما جاء في هذا الشأن في كتاب مازو ج ٢ نبذة ١٩١٣) •

وقال حكم ٢٠ مارس ١٩٥٧ سالف الذكر في هذا الشأن :

« أما القول بأنهم (أى الورثة المدعون) بصفاتهم هذه لا حق لهم في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم لأن الموت الفورى لا يرتب لمن مات حقا في التعويض • هذا القول ان صح فانه ينسحب على التعويض عن الضرر الأدبى فقط دون المادى وهو ما يخرج عن نطاق الدعوى القائمة على المسؤولية التعاقدية لأن المدعيتين قصرتا المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهما نتيجة لاخلال المدعى عليها بالتزام السلامة الذى تضمنه عقد النقل ، الضرر المادى الذى يتمثل في فقدته أثمن شيء مادى يملكه وهو الحياة ، ذلك أن المضرور يشكو من أنه مات موتا غير طبيعى وأنه قد أحاق به الضرر عند الموت لا قبل الموت ولا بعده • وعلى ذلك فلولواث أن يطالب مكانه بتعويض

هذا الضرر • ففهما كانت فورية الوفاة فان الفعل الضار قد عجل بانتهاء الحياة وأنه لأبد من مدة بينها وبين وقوع ما تسبب منها من ذلك الفعل الضار • هذه الفترة تكفى لنشوء حقه في التعويض • ومنه ينتقل الى الوارث » •

وقد سار حكم الاستئناف موضوع هذا التعليق في هذا الاتجاه الجديد الذي سلكته محكمة القاسرة الابتدائية في الحكمين المذكورين والذي دعونا اليه منذ سنة ١٩٤٨ في تعليقنا المشار اليه آنفا (٣٣)، فقالت ما يأتي :

« ومن حيث انه عن قول الشركة المستأنفة ان حق التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي سببه الحادث لمورث كل غريق من المستأنف عليهم لا يورث ولا ينتقل الى المستأنف عليهم لأن المورثين ومرافقيهما لقوا حتفهم جميعا فور وقوع الحادث الذي لم يدع لضحايا فترة من الزمن طالعت أو قصرت لأيلولة الحق الميهم أو استقراره في ذمتهم ، هذا القول لا يقره القانون ولا منطق الحادث • فغير صحيح القول بأن هذا الحادث قد أطل عليه الموت من وقت حصوله وبأن الموت كان داهما وفجائيا • غير صحيح ذلك كله فقد بدأت الكارثة كما رواها الشهود للجنة الفنية المشار اليها بانفصال مؤخر الطائرة ثم انقلابها ثم اندفعت بسرعة حتى سقطت في البحر ثم ابتلعها اليم • وفي هذه اللحظات كان راجو الطائرة لازالوا صالحين لتعلق حق التعويض بهم • ومتى كان هذا الحق قد ثبت لهم قبل وفاتهم انتقل من بعدهم الى ورثتهم • والضرر الذي يصيب المتوفى في مثل هذه الحالة انما يتمثل في سلب حياته منه فجأة • والحياة هي أغلى ما يحرص عليه الانسان • وان فقدوها يعتبر شر المصائب

(٣٣) مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٨ عدد مارس ١٩٤٨ ، راجع ما تقدم في ص ٢٤٠ ، انظر أيضا كتابنا في الفعل الضار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٦ ودروسنا لطلبة الدكتوراه في المسؤولية المدنية ١٩٥٥ نبذة ٧٩ ص ١٤٥ وما بعدها ، خليل جريج ، في النظرية العامة للموجبات ، بريت سنة ١٩٥٧ ج ١ ص ١٠٢ ، وقارن عكس ذلك السنهوري في الوسيط ج ١ ص ٨٦٦ نبذة ٥٧٩ .

لأنها أثمن شيء للإنسان • وتعتبر أبلغ الأضرار التي تصيب الشخص • وهنا قد استعجل الحادث موت الفقيدين وقصر حياتهما فيستوجب التعويض كما يتمثل في الآلام البدنية السابقة على الموت مهما قصرت مدتها • ويرى مازو — ورأيه هنا هو الظاهر — أن لا مسأغ للتفرقة بين الحالة التي تقع فيها وفاة المصاب عقب إصابته فورا • والحالة التي تقع فيها الوفاة بعد فترة من الإصابة • لا مسأغ لهذه التفرقة لأن الوفاة مهما تكن عاجلة فإنها لا تكون إلا بعد وقت من وقوع الفعل الضار ، وإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة واحدة كما يسبق كل سبب نتيجته • وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحا لتعلق حق التعويض به • ومتى كان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده إلى ورثته •

بقي أن نقول محكمة النقض كلمتها في هذا الشأن ، فتؤيد هذا الاتجاه الذي بدأ أخيرا في أحكام المحاكم الابتدائية وحكم محكمة الاستئناف موضوع هذا التعليق أو ترفضه • ولسنا نشك في أنها ستنتهز أول فرصة لتقرير المبدأ الذي تراه في هذا الشأن حتى ينحسم به الخلاف ويلتف حوله قضاء المحاكم ويسير على وتيرة واحدة (٣٤) •

(٣٤) وسيجيء أن مثل هذه الفرصة عرضت المحكمة العليا في قضية ورثة المرحوم شريح طلعت ولكن المحكمة استغنت فيها عن بحث هذه المسألة بغيرها مما رأيت فيه الكلية للفصل في الطعن • وقد أخذت بذلك محكمة النقض فعلا بحكمها الصادر بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٦٦ حيث قالت إذا تسببت وفاة المجنى عليه من فعل ضار من الغير ، فإن هذا الفعل لابد أن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يلقونه عنه في تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم لا من الجروح التي أحدثها به فحسب وإنما أيضا من الموت الذي أنت إليه هدم الجروح باعتباره من مضاعفاتها • ولئن كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضررا ماديا محققا إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسمية التي تصاحبه حرمان المجنى عليه =

هذا عن وجود ضرر الموت وصلاحيته لإنشاء حق في التعويض عنه في ذمة الميت قبل أن يموت . وهو كاف في القانون الفرنسي للقول بأن هذا الحق يتخلف عن الميت ويوجد في تركته وينتقل من بعده الى ورثته . أما في القانون المصري حيث تقدم أنه يفرق في هذا الشأن بين الضرر المادى ويجعل حكمه كما في القانون الفرنسي ، وبين الضرر الأدبى وكجعل انتقاله الى الورثة مشروطا بحصول المطالبة به أو الاتفاق عليه قبل موت المضرور ، فيتعين تحديد طبيعة ضرر الموت حتى إذا ما اعتبر ضرا ماديا انتقل الحق في التعويض عنه الى الورثة دون قيد أو شرط . وإن اعتبر ضرا أدبيا استحال انتقاله الى الورثة لاستحالة حصول المطالبة به أو الاتفاق عليه قبل الموت ، وكان بالتالى لا فائدة من تقرير نشوئه مادام مؤكدا أن المضرور لا يتسع أمامه الوقت لاستعماله وأنه لا يجوز انتقاله الى الورثة .

= من الحياة وهى أغلى ما يمتلكه الانسان باعتباره مصدر طاقاته وتفكيره . والقول بامتناع الحق في التعويض عن المجنى عليه الذى يموت عقب الإصابة مباشرة وتجوز هذا الحق لمن يبقى حيا مدة بعد الإصابة يؤدى الى نتيجة يأبأها العقل والقانون هى جعل الجانى الذى يقسو في اعتدائه حتى يجهز على ضحيته فوراً في مركز افضل من مركز الجانى الذى يقل منه قسوة واجراما بمصيب المجنى عليه بأذى دون الموت ، وفي ذلك تحريض للجناة على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض (مجموعة أحكام النقض ١٧ — ٣٣٧ — ٤٧) .

وقد اطرقت على ذلك أحكام النقض حتى الآن ، نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٦٠ — ١١ . وايضا نقض مدنى ١٩٨٠/١/٢٣ في الطعن رقم ١٤٦٦ سنة ٤٨ ق مجلة القضاة عدد يناير — ابريل ١٩٨١ ، ص ٢٥٣ .

وفي هذا المعنى ايضا نقض مدنى ١٩٨٣/٥/١٩ في الطعنين رقمي ١٨٨٤ و ١٨٦٤ سنة ٥٢ ق . وايضا شمال القاهرة الابتدائية الدائرة الاولى ١٩٧٢/٤/١٠ في القضية رقم ٨٤٤ سنة ١٩٧٢ مدنى كلى شمال القاهرة . وقد اخذت بذلك ايضا من بعد محكمتنا العليا محكمة تمييز العراق في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٢/١٧ مجلة القانون المقتارن بغداد العدد الثانى السنة الثانية سنة ١٩٦٨ ص ٢٩٩ رقم الاضبارة ٤١٤ / تمييزية / ١٩٦٧ . وانظر ايضا مؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الاول الاحكام العامة سنة ١٩٧١ ص ١٧٠ وما بعدها .

وقد رأى الحكم موضوع هذا التعليق أن هذا الضرر — أى ضرر الموت — يعتبر ضررا أدبيا (٣٥) . وكان يتعين عليه أن يرتب على ذلك سقوط الحق في التعويض عنه بمجرد موت المضرور دون أن يطالب بحقه في التعويض أو الاتفاق بشأنه . ولكن الحكم لم يستسغ هذه النتيجة وشعر بأن العدالة تقتضى تقرير انتقال حق المضرور الى ورثته ، فسلك لتحقيق ذلك طريقا ملتويا شاقا اذ اضطر الى القول بأن حكم المادة ٢٢٢ فقرة أولى حكم مستحدث لا يسرى على واقعة النزاع لحدوثها قبل العمل بالتقنين الجديد وأنه كان مقررا في ظل القانون القديم أن الحق في التعويض ينتقل الى الورثة في جميع الأحوال دون قيد أو شرط ، وهو ما أقمنا الدليل على عدم صحته .

ولنا أن نتساءل ماذا كان يكون حكم المحكمة لو عرضت عليها واقعة مماثلة حدثت في ظل القانون الجديد ، أتصر فيها على اعتبار ضرر الموت ضررا أدبيا وتتقضى فيها وفقا للمادة ٢٢٢ فقرة أولى برفض دعوى التعويض المرغوعة من الورثة بصفتهم هذه ؟ أم أنها حينئذ كانت ترى العدالة في الاعتراف لهؤلاء الورثة بأن يحلوا محل مورثهم في حقه الذى لم يتمكن من المطالبة به وتعمل على تفادى تطبيق المادة ٢٢٢ المذكورة ٠٩ . وحينئذ لا يكون أمامها من سبيل الا الاعتراف بأن ضرر الموت ضرر مادي لا تسرى عليه تلك المادة وانما تسرى عليه القواعد العامة التى تقضى بانتقال حق المورث الى ورثته دون قيد أو شرط .

وقد سبق لنا أن عرضنا لبحث هذه المسألة وانتهينا من هذا البحث الى أنه اذا قيل بأن الموت مساس بالحق في الحياة وأن هذا الحق غير مالى فيكون ضرر الموت ضررا غير مالى وبالتالي ضررا أدبيا بحثا ، فإن

(٣٥) فقد جاء فيه في هذا الشأن ما نصه : « وانه حتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر الادبى حق شخصى يتصل بذات المجنى عليه لاجوز لغيره أن يباشره منه حال حياته فان ذلك لا ينفى عن هذا الحق صفته المالية ووجوده في ذمة صاحبه حال حياته وتخلفه عنه بعد موته في ضمن تركته وانتقاله بالتالى الى ورثته » .

هذا القول مردود بأن المساس بحق غير مالى لا يقتصر أثره حتما على أحداث ضرر أدبى ، وأنه لا مانع من أن يسبب ضررا ماليا ، كالاعتداء على سلامة الجسم اذا سبب عجزا عن الكسب مدة معينة وحبس الشخص دون حق اذا فوت عليه فرصة للكسب المالى ... الخ • فكون الموت اعتداء على الحق فى الحياة ، وهو حق غير مالى ، لا ينفى أنه يلحق بالشخص الذى وقع له حادث عجل بموته ضررا ماديا لأنه يفقده قدرته على العمل وعلى كسب الحقوق المالية •

وإذا قيل ان استمرار حياة الشخص وقدرته على العمل وكسب الحقوق — لو لم يلق منيته بسبب هذا الحادث — لا يعدو مجرد الاحتمال ولا يمكن الجزم به ، فلا يكون فقد الحياة وضياع القدرة على العمل — حتى مع التسليم باعتبارهما خسارة مالية — سوى خسارة احتمالية فلا تستوجب التعويض ، فان هذا القول يمكن رده بأن الإصابة القاتلة اذا لم يكن من المحقق أنها أفقدت المصاب حياة طويلة كان سيحيها وقدرة على العمل كان سيتمتع بها طويلا لولا هذه الإصابة ، فانه من المحقق أن هذه الإصابة قد فوتت عليه فرصة الاستمرار فى الحياة والتمتع بالقدرة على العمل المدة المعقولة بالنسبة الى من يكون فى مثل سنه وصحته ، وبأن الحرمان من هذه الفرصة يسبب له خسارة مالية تقدر بقدر نسبة ما كان له من حظ فى استمرار حياته وقدرته على العمل (٣٦) • واذاً يكون فقد الحياة بسبب الموت غير الطبيعى ضررا ماديا يستوجب التعويض من الوقت الذى يصير فيه الموت محقق الوقوع وينتقل هذا الحق فى التعويض الى ورثة المجنى عليه ولو وقعت وفاته قبل أن يطالب هو به المسئول عنها •

وقد أخذت بذلك محكمة القاهرة الابتدائية فى حكميها سالفى الذكر فثقلت فى حكم ٢٠ مارس ١٩٥٧ ان هذا القول ان صح فانه ينسحب على

(٣٦) راجع دروسنا من المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه نبذة ٦٧ ،
وكتابنا فى الفعل الضار الطبعة الثانية نبذة ٢٨ •

التعويض عن الضرر الأدبي فقط دون المادى وهو ما يخرج عن نطاق الدعوى القائمة على المسؤولية التعاقدية لأن المدعيتين قصرتا المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهما نتيجة لاختلال المدعى عليها بالتزام السلامة الذى تضمنه عقد النقل ، الضرر المادى الذى يتمثل فى فقدته أثمن شئ مادى يملكه وهو الحياة » .

وقالت فى حكم ٢ يونيه ١٩٥٢ « ان الفقه الفرنسى يقول ان الضرر الذى يصيب المتوفى فى مثل هذه الحالة يتمثل فى سلب حياته منه فجأة وما يجرى فى فترات اليأس ولحظات استقبال الموت من هدم آمال الشخص فى الحياة وهو ضرر أدبى . والضرر المادى الذى يتمثل فى الإلزام البدنية التى يعانيتها مهما قصرت مدتها وفى القضاء على أهم ناحية ايجابية لذمته المالية وهى حياته وذلكؤه وقوته » (٣٧) .

لذلك نرى أن الراجح هو القول بأن ضرر الموت ان كان بعضه تغلب عليه صفة الضرر الأدبى فان الجانب الأكبر والأهم منه تتوافر فيه صفة الضرر المادى وبالتالي يكون الحق فى التعويض عن هذا الجانب الأخير من ضرر الموت حقا ماليا عاديا ينتقل الى ورثة الميت دون قيد أو شرط ولو مات المضرور فور الحادث دون أن يتمكن من المطالبة به ، وسواء أوقع ذلك ذلك الحادث فى ظل التقنين الجديد أو فى ظل التقنين القديم .

(٣٧) وإشارات المحكمة فى ذلك الى رأى مازو ونقلت عنها من كتابها ما جاء فى نبذة ١٩١٣ منه ونصه كما يأتى :

«Lui enlever la vie, c'est lui causer le plus grand préjudice qui se puisse concevoir : préjudice moral d'abord, par la perte de tous les espoirs qui sont la raison de vivre par la douleur physique, si brève soit-elle, que souffre le corps au moment de s'anéantir, préjudice matériel aussi, puisque l'actif patrimonial se trouve brusquement privé de ses plus riches éléments ceux qui servaient aux autres de source ou de soutien, la vie, intelligence, la force».

ثانياً — حكم نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ :

١ — أبان نشوء مسئولية عقدية قبل الدائن ومسئولية تقصيرية قبل الغير .

٢ — استقلال كل من المسئولين عن الأخرى فى أسباب دفعها .

أصدرت محكمة النقض (الدائرة المدنية) ، حكماً بتاريخ ١٥ مايو ١٩٥٨ فى القضية رقم ٥٥ سنة ٢٤ ق (قضية المرحوم شريح طلعت التى تقدمت الإشارة إليها) وكانت وقائعها تلخص فيما يلى (٣٨) :

فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٦ كان المرحوم شريح طلعت يقود إحدى طائرات شركة مصر للطيران فى عودتها من بغداد للقاهرة عن طريق دمشق ، وقد تأخر فى موعد قيامه من بغداد ساعة وربعاً بسبب ما كان قد طراً على جهاز اللاسلكى بها من خلل مما نتج عنه أن وصلت الطائرة دمشق متأخرة كذلك عن الموعد المحدد . وفى أثناء الرحلة من بغداد الى دمشق عاود الخلل جهاز اللاسلكى وأحاط الطيار الفقيده رجال مطار دمشق علماً بذلك ثم غادرت الطائرة مطار دمشق فى الساعة ٥٥ره مساء فى أمان مجتازة أخطار الهبوط والصعود منه ، ولكن حدث — بعد أن اجتاز منطقة الخطر التى تحف به — أن أصاب الطائرة وهى فى جو حيفاً طارئاً خلف عنه احتراق الطائرة وتدميرها بمن فيها ، فرغع والد الطيار دعوى أمام محكمة القاهرة الابتدائية طالب فيها الشركة بصفقه وارثاً للفقيده بتعويض قدره عشرين ألف جنيه بمقتضى مسئوليتها العقدية ازاء الطيار الفقيده لاخلالها بضمان سلامته ، وبصفقه الشخصيه بتعويض قدره عشرة آلاف جنيه عن الضرر الأدبى الذى ناله شخصياً بفقد ابنه وذلك وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية . فحقت له المحكمة فى الطلبين معا بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٥١ بتعويض اجمالى قدره ثلاثة آلاف جنيه ورغضت ما عدا ذلك من الطلبات .

واستأنف الطرفان الحكم الابتدائي وقضت محكمة الاستئناف في الاستئنافين بتاريخ ٢٦ أبريل ١٩٥٣ بقبولهما شكلا وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وزفض الدعوى والزام رافعها بمصروفاتها عن الدرجتين ... الخ .

طعن والد الطيار الفقيد في هذا الحكم بالنقض وبني طعنه على عدة أسباب نذكر منها :

(أ) فيما يتعلق بطلب التعويض عن الضرر الشخصي الذي أصابه بموت ابنه أى دعوى المسؤولية التقصيرية ، التصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق لأن كلا من الحكيم الابتدائي والاستئنافي قد ثبتت فيهما أن جهاز اللاسلكى بالطائرة التى وقع لها الحادث كان غير صالح لأداء الغرض من وجوده وأن ذلك مما يوجب مسؤولية المطعون عليها ولكن الحكم المطعون فيه نفى هذه المسؤولية تأسيسا على ما ورد فيه من أن الطيار الفقيد قد أخطأ بمغادرته مطار دمشق قبل أن يقوم بإصلاح هذا الجهاز وهو عالم بفساده ، ومن أن عدم صلاحية الجهاز المذكور لم يكن مع ذلك ليغير في مجرى الكارثة لصالأة الفترة الزمنية بين ظهور الوهج في الطائرة وبين انفجارها ضالأة لم تكن لتسمح بالإفادة من هذا الجهاز ، في حين أن ما قرره الحكم المطعون فيه من خطأ الطيار — بفرض ثبوته — لا ينفى وقوع الخطأ أيضا من الشركة . فكان يتعين على هذا الحكم أن يوازن بين هذين الخطأين ليقدر ان كان أيهما قد استغرق الآخر . كما أن القول من جانب الحكم المطعون فيه بأن عدم صلاحية الجهاز لم يضع على الطيار فرصة الاستعانة به لصالأة الفترة الزمنية بين ظهور الوهج والانفجار مناقض لما هو ثابت أيضا في ذات الحكم المطعون فيه من أنه كانت هنالك فترة كافية للاستعانة اذ أثبت الحكم عند تحصيل الوقائع أن الطائرة بينما كانت تحلق فوق خليج حيفا طراً عليها ما يستدعى تغيير اتجاهها فحطت فوق جبل الكرمل واجتازت السلسلة الأولى وشاء حظها العاثر أن تصطدم بالسلسلة الثانية فحلت

بها النكبة ... ومن ذلك يتبين أن زمن محنة الطائرة كان سابقا على
ظهور الوهج بما كان يسمح للجهاز بأداء وظيفته وتجنب الكارثة لو كان
صالحا لما أعد له .

وقد ردت محكمة النقض هذا الوجه من الطعن بما استعرضته من
أقوال محكمة الاستئناف فيما يخص عدم ثبوت وقوع خطأ من المطعون
عليها أدى الى حصول الحادث وعدم تبين السبب الذي أدى الى حصوله
الى أن قالت « ويبين من ذلك أن محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها
برفض دعوى التعويض المؤسبة على المسؤولية التقصيرية على أن وقوع
الحادث للطائرة دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار الشركة المطعون
عليها مرتكبة لخطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض اذ يتعين على المضرور
أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتباطه معه برابطة
السببية وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن
استفاده لعيب معين فى تركيب الطائرة ، فإن مسؤوليتها عن التعويض
تعتبر منتفية . وهذا التأسيس الذى لم يورد عليه الطاعن مطعنا صالح
لاقامة الحكم المطعون فيه وكاف فى دفع مسؤولية المطعون عليها . أما
ما أثاره الطاعن فى وجه الطعن خاصا بخطأ الشركة فى عدم اعداد جهاز
اللاسلكى اعدادا صالحا لأداء وظيفته فإن الحكم المطعون فيه قد أوضح
فى عبارة صريحة أنه « اذا صح أن النار اشتملت فى الطائرة بسبب خطأ
طرا على آلاتها فإن اللاسلكى لا يمكن أن يكون هو السبب المباشر لهذا
الخلل » . كما أنه عرض لما يثيره الطاعن فى وجه الطعن من أنه لو كان
الجهاز صالحا لاستعان به الطيار فى درء المخاطر التى تعرض لها ، فذكر
فى هذا الخصوص أنه يكفى للرد على ذلك ما أجمع عليه شهود الرؤية من
أنه (لم يمتز بين ظهور الطائرة وآثار الوهج بادية فيها وبين انفجارها
سوى ثوان لا تسمح بتقديم أية معونة) ، ومن ذلك يبين أنه لم يكن
ثمة مجال للخوض فى بحث خطأ الشركة بعدم اعدادها للجهاز اعدادا
صالحا ولا لاجراء موازنة بين هذا الخطأ وخطأ الطيار الفقيء ، باقدامه
على مناداة مطار دمشق قبل اصلاح الجهاز ، ولا للنظر فى مدى استعراق

كل من الخطأين للآخر ، لم يكن ثمت مجال لهذا البحث لعدم جدواه ، بعد اذ حصلت محكمة الموضوع من الوقائع أن جهاز اللاسلكى لم يكن له أثر فى حصول الحادث على النحو الذى صوره الطاعن من احتساق الطائرة فى الجو قبل اصطدامها بالجبل وأن الفترة بين ظهور الوهج والانفجار لم تكن الا ثوان لا تمكن من الاستعانة بهذا الجهاز على أية صورة . أما ما أشار اليه الطاعن فى وجه النعى من أن الحكم المطعون فيه قد حصل الوقائع على صورة مناقضة لهذه الصورة . . . الخ فهو مردود بأن محكمة الاستئناف لم تورد ما أوردته فى هذا الخصوص الا رواية عن الحكم المستأنف . . . وليس فيما حصلته محكمة الاستئناف نفسها من الوقائع ما يتفق مع تلك العبارات المقتبسة من الحكم المستأنف ولا ما يفيد اعتمادها واقرارها ، واذا كان ذلك فليس ثمت محل للنعى على محكمة الاستئناف بالقصور فى التسبب استنادا الى وقائع لم تكن من تحصيلها ولم تعمل عليها فى قضائها . ولا مجال بعد ما تقدم ايراده للنظر فيما نعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه خاصة بما أسندته محكمة الاستئناف للطيار الفقيد من أخطاء ارتكبها ، اذ بحسبها أن تكون أقامت حكمها على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب الطاعن قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمطعون عليها يد فيه ، وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتجرى وقوع خطأ من الضرر أو خطأ من الغير » .

وخلاصة ما تقدم أن محكمة النقض رغضت وجه الطعن هذا بناء على ما ثبت لها من أن محكمة الاستئناف قد حصلت من الوقائع أنه لم يقم أى دليل على وقوع خطأ من الشركة المطعون عليها أدى الى حصول الحادث وأنه حتى بافتراض وقوع خطأ من الشركة فى عدم اصلاح جهاز اللاسلكى فان هذا الخطأ منقطع الصلة بوقوع الحادث ولا تربطه به أى علاقة سببية وأن تقدير هذه العلاقة يستقل به قاضى الموضوع (٣٩)

وأن سبب الحادث بقى مجهولا وأن ذلك يكفى لعدم قيام المسؤولية التقصيرية أصلا ويغنى عن البحث في وقوع خطأ من الطيار أو من الغير مادامت مسؤولية المدعى عليها لم تثبت قط .

وقد جاء ما قررته المحكمة العليا في هذا الشأن مطابقا للمبادئ الأولية الثابتة ، ولا غبار عليه سوى أن المحكمة قد انزلت منه في آخر عبارة أوردناها لها الى وصف الضرر الذى سبق أن قررت أن سببه بقى مجهولا بأنه قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمطعون عليها يد فيه . وإذا كان ذلك لا يظهر خطره في مجال استولية التقصيرية التى لا تقوم الا على أساس ثبوت الخطأ لأن المدعى عليه لا يتغير مركزه سواء ثبت أن الضرر بقى سببه مجهولا أو أن له سببا أجنبيا عنه اذ يبقى هو في الحالين بمنجى من المسؤولية ، فان الأمر بخلاف ذلك في المسؤولية العقدية حيث يخلص المدين من المسؤولية اذا أثبت السبب الأجنبى ولا يخلص منها اذا عجز عن هذا الاثبات ولو بقى سبب الضرر مجهولا .

ولأن الدعوى التى صدر فيها الحكم محل هذا التعليق كانت في الواقع تجمع بين دعوتين تقوم احدهما على أساس المسؤولية التقصيرية وهى التى قضى فيها بما تقدم وتقوم الثانية على أساس المسؤولية العقدية ، فكان يفشى أن يؤدى ما تقدمت الاشارة اليه من انزلاق غير مقصود الى التأثير في الفصل في الدعوى الثانية . وقد حدث ذلك فعلا كما يبين من عرض الوجه الثانى للطعن .

(ب) فيما يتعلق بحق التعويض الموروث من المصاب الأملى :

ويلخص هذا الوجه الثانى في أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تطبيق القانون في خصوص ما طلبه الطاعن من التعويض ميراثا عن ابنه (الطيار الفقيد) بموجب المسؤولية العقدية للشركة المطعون عليها لأن محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها في خصوص المسؤولية العقدية على القول بأنها غير ذات موضوع اذ لم ينشأ للطيار الفقيد حق في

التعويض لأنه وقد مات فور الحادث فهو لا يستطيع أن يكسب حقاً ينقله إلى ورثته . وقد أخطأت محكمة الاستئناف في هذا القضاء الذى أخذت فيه برأى لا يعرض إلا في صدد المسؤولية التقصيرية — لا المسؤولية التعاقدية — وهو على أية حال رأى لا تقره جمهرة الفقهاء ولا أحكام المحاكم ، ذلك أن حق المصاب في التعويض ينشأ بمجرد حصول الحادث وهو أسبق من الوفاة حتماً ، وهو يكون منها بمنزلة السبب من المسبب فهو سابق عليها . ومهما يكن من قصر الفترة الزمنية بين الحادث ونتيجته إلا أنه لا يحل مطلقاً إهدار حق المصاب في التعويض عما لحقه من جراء إصابته وفي انتقال حقه في ذلك إلى ورثته . وإذا لم يكن المجال في خصوص هذا الطلب إلا مجال المسؤولية التعاقدية فقد كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تعتمد بما تمسك به الطاعن من أن ثمت التزاماً على عاتق الشركة بسلامة الطيار نشأ منذ التعاقد وحقاً للطيار في اقتضاء هذا الالتزام عيناً أو بما يعادله نشأ من ذلك الوقت أيضاً وبات معتبراً عنصراً من عناصر ذمته المالية وهو سابق — بطبيعة الحال — على وقوع الكارثة التى لم يكن وقوعها إلا إخلالاً من الشركة بالتزامها بضمان السلامة . وحدث الوفاة لا يترتب عليه انقضاء هذا الالتزام . فإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يسبب قضاءه برغض دعوى التعويض في خصوص المسؤولية التعاقدية إلا على الأساس الخاطيء المتقدم ، فإنه يكون مخطئاً في القانون متعيناً نقضه .

وكان هذا الوجه من الطعن من شأنه أن يتيح الفرصة لمحكمة النقض كي تفصل في المسألة الخلافية التى سبق أن عرضنا لها فيما تقدم من تعليقاتنا على حكم استئناف القاهرة وهى مسألة نشوء الحق في التعويض عن ضرر الموت أو عدمه وفي حالة الإيجاب أمكان انتقال هذا الحق إلى الورثة عند وقوع الموت فور الحادث أو عدمه ، ولكن المحكمة العليا تركت هذه الفرصة واستغنت عن مواجهة هذه المسألة بما سبق أن سألته في خصوص المسؤولية التقصيرية من أنه ثبت أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبى عن المطعون عليها أى من وجود سبب تندفع به المسؤولية التعاقدية كما تنتفى به المسؤولية التقصيرية .

فقد جاء في حكم المحكمة العليا في هذا الشأن أن النفي بما ورد في هذا السبب في خصوص الدعوى الحالية غير مجد • ذلك أن الطاعن قد طلب بدعواه الحكم له بمبلغ التعويض الموضحين من قبل على أساس أن أحدهما يقابل ما ناله من ضرر بسبب خطأ تقصيري وأن المبلغ الثاني يمثل حصته الميراثية فيما يستحقه مورثه من تعويض قبل المطعون عليها الأولى نتيجة خطأ التعاقدى • وقد عرضت محكمة الموضوع وهي بسبيل تحقيق مسئولية المطعون عليها التقصيرية لما أسند إليها من خطأ ولما دعت به هذا الخطأ • فأوضحت كما سبق بيانه أن الحادث الذي اعتبر أساسا لدعوى التعويض وهو احتراق الطائرة قد وقع بسبب أجنبي لا يد للمطعون عليها فيه يتمثل في صورة حادث مفاجئ مجهول السبب وغير متصل بأى خطأ من جانب المطعون عليها •

ولما كان ذلك وكانت المسئولية التعاقدية تندفع باثبات السبب الأجنبي فإنه لا جدوى من إثارة البحث الذى عرض له الطاعن في سبب الطعن • إذ مهما يكن وجه الرأى فيه فإن عدم تعرض الحكم المطعون فيه للبحث في المسئولية العقدية لا تتحقق به في خصوص المنازعة الحالية أى مصلحة للطاعن مادامت المسئولية التقصيرية المسندة للمطعون عليها مندفعة بما يصلح أساسا لدفع المسئولية العقدية •

ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نلاحظ أن ما وصفته المحكمة العليا بأنه سبب أجنبي للحادث لم يكن إلا انتفاء الخطأ من جانب المدعى عليه وبقاء سبب الحادث مجهولا وأن ذلك لا يصح وصفه بأنه سبب أجنبي • وأنه إذا كان يكفي لمنع قيام المسئولية التقصيرية العادية فإنه لا يكفي لدفع المسئولية العقدية إذ أن هذه لا تندفع إلا بالسبب الأجنبي بمعناه الفنى الدقيق الذى يكون سببا معينا لم يمكن توقعه ولا تفادى وقوعه وأدى الى استحالة الوفاء بالالتزام استحالة مطلقة (٤٠) • ومادام لم

يثبت في هذه الحادثة أنها راجعة الى سبب معين تتوافر فيه هذه الصفات الثلاث فما كان يصح في رأينا دفع المسؤولية العقدية بمقولة توافر السبب الأجنبي الذي بنى عليه نفي المسؤولية التقصيرية • وكان الأولى مواجهة النعى الذي اتبني عليه الطعن والفصل في أمر ثبوت الحق في التعويض عن ضرر الموت وانتقاله من المصاب الى ورثته أو عدمه •

تعليق على حكم في مسؤولية الناقل الجوي (*)

استئناف الاسكندرية ٥ فبراير ١٩٥٠

المبادئ القانونية :

١ — ان وجود الراكب في السيارة ضمن الركاب الآخرين عند وقوعها في موقف معد لها ومهيأ للسفر للجهة المعلوم انها تقصد اليها يكنى لاثام عقد النقل لتحقيق القبول ضمنا من جانب الراكب . وعند انعدام النص الصريح في عقد النقل على ضمان الناقل للراكب الذى تعهد بنقله ، يعتبر الناقل مسئولا مسؤولية تعاقدية على اساس اشتغال العقد على التزام ضمنى من جانبه بايصال الراكب سالما الى الجهة التي يتعهد بنقله اليها .

٢ — يجوز لطالب التعويض عن حوادث النقل ، الاستناد الى احد الاناسين المسؤولية التقصيرية او المسؤولية التعاقدية حسبما يتسنى له .

تعليق : تناول هذا الحكم أربع مسائل جدية بالتنبؤ وبالتحليل، أهمها تكييف مسؤولية أمين نقل الأشخاص عن الحوادث التي تصيب الركاب أثناء نقلهم بأنها مسؤولية عقدية . أما المسائل الأخرى فتشمل تعيين الخطأ العقدى وطريقة دفع المسؤولية المترتبة عليه ، والخيرة بين المسئولتين العقدية والتقصيرية ، وسلطة المحكمة في تكييف المسؤولية .

١ — طبيعة المسؤولية عن نقل الأشخاص : ان لهذا الحكم أهمية خاصة من حيث انه كيف مسؤولية أمين نقل الأشخاص بأنها مسؤولية عقدية ، ولأنه أول حكم يصدر في هذا المعنى من محكمة استئناف وطنية .

ولبيان هذه الأهمية يجدر بنا أولا أن نشير الى الاتجاه العام الذى بدا في دائرة المسؤولية المدنية منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضى نحو تسهيل حصول المصاب بوجه عام على التعويض ، وذلك من طريق

توسيع دائرة المسؤولية التقصيرية وتيسير اثباتها تارة ، ومن طريق التوسع في تطبيق قواعد المسؤولية العقدية تارة أخرى ، والى تردد الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر بين هذين الطريقين في كثير من أحوال المسؤولية كمسؤولية رب العمل ، ومسؤولية متعهد نقل الأشخاص ، ومسؤولية متعهد الألعاب الميكانيكية ، ومسؤولية الطبيب ... الخ .

هفي حوادث العمل مثلاً ذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى ضرورة التوسع في تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية من طريق القرائن القضائية بل من طريق القرائن القانونية أيضاً استناداً الى المادة ١٣٨٦ أو الى المادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، وذهب البعض الآخر الى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية ، ولم يفقد هذا الخلاف أهميته الا بصور قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ الذى جعل مسؤولية رب العمل عن اصابات العمل مسؤولية قانونية تلزمه بمجرد حدوث الاصابة في أثناء العمل أو بسببه ، فأغنى المحاكم بذلك عن الالتجاء في هذا الشأن الى قواعد المسؤولية العقدية .

ويجدر بنا ثانياً أن نعرض في ايجاز مدى تأثير المسؤولية عن نقل الأشخاص بهذا الاتجاه العام في كل من القانونين الفرنسى والمصرى . هفي كليهما لم يرد نص على مسؤولية متعهد نقل الأشخاص مع وجود نص خاص بنقل البضائع يجعل المتعهد مسئولاً عن هلاك البضاعة ، ما لم يثبت أن هلاكها يرجع الى قوة القاهرة (المادة ٤٨٩/٥٩٨/١٧٨٤) ، مما دعا الى تردد المحاكم الفرنسية والمصرية في تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على متعهد نقل الأشخاص ، فذهبت المحاكم الفرنسية أول الأمر الى اعتبار مسؤولية هذا المتعهد مسؤولية تقصيرية . ولكنها مسيطرة منها للاتجاه العام الذى أشرنا اليه آنفاً عملت على تخفيف عبء الاثبات عن الراكب المصاب وتوسلت لذلك بوسائل شتى . غفرت على متعهدي النقل وبخاصة شركات السكك الحديدية طائفة من الواجبات القانونية تكون في مجموعها واجب اتخاذ أشد الاحتياطات لتأمين سلامة الراكب ، ثم شفعت ذلك بالاتجاه الى قرائن الأحوال ، فاعتبرت أن بعض الحوادث يحمل في ذاته الدليل على خطأ متعهد النقل كما في حالة خروج

القطار عن الخط الحديدى ، وحالة تصادم القطارات ، وسقوط الراكب من باب أحد دواوين عربة السكة الحديدية • ولكن جميع هذه الوسائل المخففة للإثبات كان تقديرها متروكا الى محكمة الموضوع أى أنه كان لهذه المحكمة أن تعين واجبات أمين النقل وتقدر قرائن الأحوال دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، فلم يكن للمصاب ما يكفل له أن تعامله محكمة الموضوع معاملة تخفف عنه عبء الإثبات ، لذلك رأت محكمة النقض أن العدالة تقتضيها أن تشمل برقابتها هذه الحالة ، وكان لها أن تختار لبلوغ هذا الغرض بين أن تقرّر انطباق المادة ١٣٨٤ فقرة أولى على مسئولية متعهد نقل الأشخاص أو أن تعتبر مسئوليته مسئولية عقدية •

غير أنه يلاحظ أن حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى ان كان اليوم يؤدى الى قيام قرينة قانونية على مسئولية حارس الشئ بمجرد ثبوت حدوث الضرر للمصاب من هذا الشئ والى عدم امكان نقض هذه القرينة الا بإثبات حدوث الضرر بقوة قاهرة أو بأى سبب أجنبى آخر ، فيجب ألا يغرب عن البال أن هذا الحكم لم يقصد بالنص عند وضعه ، وأنه وليد اجتهاد القضاء وأنه لم يولد بهذه القوة بل اتبع سنة التطور ومر بأدوار مختلفة حتى بلغ أشده ، وكان حتى فجر هذا القرن والى نهاية عشر السنوات الأولى منه فى أولى مراحل تطوره ، فكان يشترط فى الاستناد الى نص المادة ١٣٨٤ فقرة أولى أن يثبت وجود عيب فى تركيب الشئ الذى أحدث الضرر أو نقص فى صيانتة ، ومتى ثبت ذلك لم يكن يترتب عليه سوى قرينة بسيطة على خطأ حارس الشئ أى انها قرينة يجوز للحارس نقضها باقامة الدليل على عدم وقوع خطأ منه وذلك بأن يثبت أنه بذل كل ما كان يجب عليه من عناية ولو لم يثبت حدوث الضرر بسبب أجنبى ، أى أنه لم يكن يتحمل مسئولية الضرر الذى يبقى سببه مجهولا • لذلك وجدت محكمة النقض الفرنسية اذ ذاك أن تطبيق قواعد المسئولية العقدية على متعهد نقل الأشخاص أوفى بالغرض وأكثر مصلحة للمصاب من تطبيق حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى لأنه لا يتطلب من المصاب سوى اثبات قيام عقد النقل واصابته بالضرر فى أثناء النقل وأنه لا يرفع عن

المتعهد مسئوليته الا اذا اثبت وقوع الحادث بسبب اجنبى عنه أى أنه يدعه مسئولاً عن كل حادث بقى سببه مجهولاً ، فأخذت به فى حكمها المشهور الصادر فى ٢١ نوفمبر ١٩١١ حيث قررت أن مسؤولية متعهد النقل عن الحوادث التى تصيب الركاب فى أثناء النقل مسئولية عقدية وان تنفيذ عقد النقل يلزم المتعهد بتوصيل الراكب سالماً (دالوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٩) • وقد أطردت منذ سنة ١٩١١ أحكام المحاكم على ذلك وتأييد قضاؤها تأييداً ضمناً بصدور قانون ٣١ مايو ١٩٢٤ الخاص بالنقل الجوى • وقد يبدو أن محكمة النقض اقتضت فى ذلك على أنها أدخلت فى دائرة عقد النقل واجب تأمين السلامة الذى كانت أنشأته على عاتق متعهد النقل فى حدود المسؤولية التقصيرية وقبل أن تتجه الى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية عليه • ولكن الواقع غير ذلك إذ أن هذا الواجب كان فى الأصل التزاماً بوسيلة obligation de moyen ، فكان يتعين على الراكب المصاب أن يثبت أن أمين النقل قد قصر فى اتخاذ أى احتياط مما كان يؤدى الى تأمين سلامة الركاب ، والا فلا مسئولية ولا تعويض • أما فى حكم سنة ١٩١١ وما تلاه من أحكام ، فقد جعلت المحكمة هذا الالتزام التزاماً بغاية obligation de résultat بحيث يسأل أمين النقل بمجرد عدم إيصال الراكب سالماً ودون حاجة بالأخير الى اثبات التقصير الذى وقع من أمين النقل فى اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بتأمين سلامة الركاب •

ويلوح لنا انه لو كان حكم المادة ١٣٨٤ فقرة أولى قد بلغ فى سنة ١٩١٠ ما بلغه الآن من قوة ، لكان من المحتمل جداً أن تستغنى به المحاكم عن الالتجاء الى قواعد المسؤولية العقدية فى مسالة متعهد نقل الأشخاص كما استغنت بصدور قانون سنة ١٨٩٨ عن تطبيق هذه القواعد فى اصابات العمل •

وفى القانون المصرى نهجت المحاكم أول الأمر نهج المحاكم الفرنسية ، فاعتبرت متعهد النقل ملزماً باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لتأمين سلامة الركاب [استئناف مختلط ٢٩ أبريل ١٨٩٦ (٨ ص

(٢٥٥) ، ٢٨ أبريل ١٨٩٧ (٩ ص ٢٩٦) ، أول يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٩٥) [ليس عن الحوادث الناشئة عن عدم مهارة عماله فحسب ، بل أيضا عن الحوادث التي تنشأ عن وجود خلل في ادارة مهمات النقل] ١٤ يونيه ١٨٩٩ (١١ ص ٢٨٠) ، وكثيرا ما وجدت في قرائن الأحوال وسيلة لقلب عبء الاثبات [استئناف مختلط ٢ فبراير ١٩٢٨ الغازيت ١٨ — ٢٢٩ — ٢٨٦] . وقد طبقت بعض الأحكام الصادرة قبل حكم النقض الفرنسي قواعد المسؤولية العقدية ، اما بالتوسع في تطبيق النصوص المتعلقة بنقل البضائع (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ٥٧) ، واما بالرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالعقود [استئناف مختلط ٥ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٥١) ، المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٦ ص ٨٢ ، ٣ يونيه ١٨٩٦ (٨ ص ٣٠٩) ، ١٦ يونيه ١٨٩٧ (٩ ص ٣٨٨) ، الاسكندرية التجارية المختلطة ١٩ أبريل ١٩١١ الغازيت ١ ص ١٣٣] . ومن العجيب أن الأحكام اللاحقة لحكم النقض الفرنسي عدلت عن هذا الرأي واطردت على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على حوادث نقل الركاب خلافا للأحكام الصادرة في العهد الأول [أنظر بوجه خاص استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٣٣) ، الغازيت ٢ — ٨٧ — ٨٨ والأحكام التي أشار إليها ريكول في مقاله في الغازيت ١٧ ص ٣ وما بعدها] .

غير أن المحاكم المصرية أخذت تعود الى رأيها الأول وتطبق أحكام المسؤولية العقدية على حوادث نقل الركاب ، فبدأت بذلك محكمة مصر الجزئية المختلطة في حكم مارس ١٩٣٣ (الغازيت ٢٥ — ٣٩ — ٥١) ثم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير ١٩٣٥ (٤٧ ص ١٧٦) ، وتبعتهما فيه محكمة اللبان الجزئية في ١٣ مايو ١٩٤٠ (المجموع ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩) ، وأخيرا محكمة استئناف الاسكندرية في حكمها محل هذا التعليق .

ولنا بعد ذلك أن نتساءل عن سلامة الأخذ بالمسؤولية العقدية في هذا الموضوع ثم عن الداعي اليه من الناحية العملية . ان القول بمسؤولية

متعهد النقل مسئولية عقدية مبناه ان المتعهد التزم بموجب العقد بايصال الراكب سالما الى الجهة التي يقصدها وأن اصابة الراكب في أثناء النقل تعتبر في ذاتها الدليل على اخلال الناقل بالتزامه • وقد اكتفى الحكم محل هذا التعليق بتقرير وجود هذا الالتزام دون أن يكلف نفسه مؤونة اثبات وجوده اذ قرر أن « من بين الالتزامات التي يشتمل عليها عقد النقل التزام الناقل ضمنا بسلامة الراكب أثناء النقل الى الجهة المتعهد اليها لأن مثل هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد ويترتب على عدم الوفاء به ضمان الناقل للضرر الناشئ من عدم الوفاء طبقا للقواعد العامة » • فهو قد اعترف بعدم الاتفاق صراحة على هذا الالتزام ، وأسند نشوءه الى اتفاق ضمنى بين الطرفين • ولكن الواقع أنه اذا كان يجوز أن يفرض في الراكب انصراف نيته الى انشاء هذا الالتزام في ذمة متعهد النقل ، فانه لا يمكن اغتراض مثل ذلك بالنسبة الى هذا المتعهد لأنه شخص يضع جهوده ومعداته تحت تصرف الراكب لنقلهم من مكان الى آخر دون قصد الالتزام بضمان سلامة الراكب من كل مكروه يصيبهم في أثناء النقل ، فالقول بأن عقد النقل يتضمن هذا الالتزام فيه تحميل العقد فوق ما يحتمل لأن رضا الطرفين لم ينعقد على هذا الالتزام لا صراحة ولا ضمنا ، وليس في وسع أحد غير المشرع أن يحمل العقد فوق ما يحمله العاقدان •

فهل فرض المشرع مثل هذا الالتزام على عاتق متعهد نقل الأشخاص ؟ لقد حاولت المحاكم في فرنسا وفي مصر القول بذلك قياسا على النص الخاص بمتعهد نقل البضائع (المادة ٤٨٩/٥٩٨/١٧٨٤ مدنى والمادة ١٠٣/١٠٢/٩٨ تجارى) ، ولكن سرعان ما ظهر لها أن القياس مع الفارق لأن متعهد نقل البضائع يمكنه أن يسيطر على البضائع فيضمن سلامتها في حين أن ناقل الأشخاص لا يستطيع أن يسيطر عليهم حتى يلزم بضمان سلامتهم • ولما ظهر للمحاكم الفرنسية فساد الاستناد الى هذا النص لجأت الى المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ باعتبارهما متضمنتين القاعدة العامة في المسؤولية العقدية ، ولم تكن المحاكم أكثر توفيقا في ذلك

مما سلف لأن هاتين المادتين لا تتعرضان لبيان محتويات العقد وما يتضمنه من التزامات وانما تفترضان فحوى العقد ثابتا والاخلال بشيء منه واقعا وتقرر ان جزاء ذلك التزام المدين بالتعويض ما لم يكن عدم الوفاء راجعا الى قوة قاهرة أو الى أى سبب أجنبي آخر ، فلا فائدة من التحدى بهما للتدليل على اشتغال عقد النقل على التزام الناقل بضمان سلامة الركاب • وقد وجه العلامة جوسران هذه الاعتراضات الى قضاء المحاكم الفرنسية (أنظر جوسران في كتاب النقل الطبعة الثانية نبذة ٨٨٣ وما بعدها) ، وأيده في ذلك كثير من الشراح (أنظر بران Brun في كتابه عن المسئوليتين العقدية والتقصيرية والصلة بينهما ، باريس ١٩٣١ ، نبذة ١٨٥ وما بعدها والشرح المشار اليهم فيه) ، فكان حريا بمحكمة استئناف الاسكندرية قبل تقرير وجود هذا الالتزام أن تعير هذه الاعتراضات شيئا من عنايتها وأن تدلنا على السند القانوني الذي تستند اليه في تقرير وجود هذا الالتزام •

على أنه اذا لم يثبت لهذا الالتزام سند قانوني ، فان محكمة الاستئناف تكون قد أخذت به ، كما أخذت به من قبل محكمة النقض الفرنسية ، أى من قبيل السياسة القضائية التي يراد بها تحقيق مقتضيات العدالة ، ويكون حكمها بذلك مفهوما في ظل التقنين الملغى حيث لم تكن ثمة وسيلة أخرى لكفالة حق الركاب المصاب •

أما في ظل التقنين المدني الجديد ، فان المادة ١٧٨ — التي تنص على «مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه — تكفل للراكب المصاب حقه في التعويض دون حاجة به الى اثبات خطأ متعهد النقل ودون حاجة الى الالتجاء الى قواعد المسؤولية العقدية من طريق تحميل عقد النقل التزاما لا يحتمله ، أعنى التزام الناقل بضمان سلامة الركاب •

لذلك يهمننا من ناحية التطبيق القانوني الصحيح أن لا يعتبر حكم

محكمة استئناف الاسكندرية محل هذا التعليق سوى خاتمة تطور هذه المسألة في ظل التقنين المدنى الملغى ، بحيث لا يعتبر ما قضى به هذا الحكم مبدأ قانونيا جديدا تسيير عليه الأحكام اللاحقة التى ستصدر فى شأن ما يحدث من وقائع فى ظل التقنين المدنى الجديد ، وانما ينبغى على المحاكم أن تعيد النظر فى هذا الموضوع فى ضوء أحكام هذا التقنين دون تأثر بما قرره الحكم محل هذا التعليق .

٢ - تعيين الخطأ العقدى وقيام المسؤولية العقدية وطريقة دفعها :

أثارت المادة ١١٩/١٧٧ مدنى قديم التى تقضى باستحقاق التضمينات عندما يكون عدم الوفاء راجعا الى تقصير المتعهد خلافاً لفقها عندنا ، ففسرناها نحن بما فسر به الفقه والقضاء فى فرنسا نص المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى (راجع رسالتنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية ١٩٣٦ ص ١١١ وما بعدها) أى أن المقصود بها أن مجرد اخلال المدين بالتزامه يعتبر خطأ ويستوجب مسؤوليته ما لم يثبت المدين أن لخلاله سببا أجنبيا عنه . وقد عارض الدكتور بهجت بدوى هذا التفسير للمادة ١١٩/١٧٧ وكان من رأيه أن مجرد عدم التنفيذ غير كاف لاعتبار المدين مقصرا وانه يجب على الدائن أن يثبت أن عدم التنفيذ قد وقع بتقصير من المدين (بهجت بدوى فى أصول الالتزامات ١٩٤٣ ص ٤٢٧) . وقد أخذ الحكم محل هذا التعليق بالرأى الذى ذهبنا اليه حيث قرر أن « نص المادة ١١٩ مدنى قديم ... ينبغى أن يؤخذ فى تفسيره بما فسر به الفقهاء الفرنسيون نص المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى ... وانه من المعروف فقها ويجب الأخذ به قضاء لمطابقته لطبيعة الالتزام أن الخطأ فى المسؤولية التعاقدية هو بذاته واقعة الاخلال التى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به . وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هى كل ما يتعين على طالب التعويض اثباته وأنه متى قام بأبوابها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذى تبنى عليه مسؤولية الملتزم ... » .

وقد عنى الحكم فى هذه المناسبة ببيان التفرقة بين الالتزام بغاية

والالتزام بوسيلة وابرار أثرها فيما يتعلق باقامة الدليل على ما يعتبر
اخلالا بالالتزام أو خطأ عقدياً ، فقال ان هذا الخطأ أو الاخلال يتحقق
فيما يتعلق بالالتزام بغاية بمجرد عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم دون نظر
الى ما قد يدعى بأنه بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية
التي تعهد بها ، لأن هذا انما يكون بالنسبة الى الالتزام بوسيلة حيث
يقوم ثبوت الاخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومقارنته بسلوك
الرجل الحريص ...

ويترتب على تعيين ماهية الخطأ العقدي الذي تقوم على أساسه
المسؤولية العقدية تحديد طريقة دفع هذه المسؤولية . فالرأى الذى
لا يعتبر مجرد الاخلال بالالتزام خطأ يستوجب المسؤولية يتطلب فوق هذا
الاخلال ثبوت تقصير المدين أو على الاقل قيام قرينة على تقصير المدين .
وفي هذه الحالة الأخيرة يسمح للمدين بأن ينقض هذه القرينة بنفى
الخطأ عن نفسه .

أما الرأى الذى ذهبنا اليه — فأنه يعتبر مجرد الاخلال بالالتزام
في ذاته خطأ موجبا للمسؤولية — لا يجيز للمدين أن يدفع هذه المسؤولية
بإثبات عدم وقوع تقصير منه . وقد أخذ الحكم محل هذا التعليق بذلك
حيث قال « ان خلاصة القول فيما سبق بيانه ان خطأ استأنف... ثابت من
مجرد الحادث الذى نشأت عنه اصابة ابنة المستأنف ضده والذى أدى
الى وفاتها اذ أن به يثبت حصول الاخلال بالالتزام الضمان المشار اليه
ولا يتطلب الأمر فى هذا الاثبات وزن أفعال المستأنف لتحقيق وجود
الخطأ ، ومن ثم فلا محل لأن يقبل من المستأنف دفعه بأنه قد احتاط
لمنع وقوع الحادث بوضع جهاز الاطفاء بالسيارة وبوجود تابعيه على
مقربة منها وبأن هؤلاء قد بذلوا غاية جهدهم فى اطفاء النار وتخليص
المصابة ، وذلك طالما انه قد عجز عن نفى نسبة الحادث الى أمر يتصل
به بارجاعه الى عامل خارجي كالسبب القهرى أو القوة الجبرية أو فعل
الغير وذلك طبقا لما يتعين على أساسه تفسير شرط الالتزام وحالة الاعفاء
من نتائج الاخلال به طبقا للقواعد العامة ... » .

ويلاحظ ان ثمة الخلاف بين الرايين تتركز في تعيين من يتحمل آثار عدم التنفيذ الذى يبقى مجهول السبب ، فطبقا للرأى الأول يخلص المدين من المسؤولية بمجرد نفى الخطأ عن نفسه ولو لم يثبت ان عدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبى . أما الرأى الأى أخذ به الحكم فيؤدى الى بقاء المدين مسئولا اذا بقى سبب عدم التنفيذ مجهولا . أى اذا لم يقيم المدين الدليل على السبب الأجنبى واقتصر على التدليل على عدم وقوع خطأ منه .

ومتى تقرر أن مسؤولية المدين لا تدفع الا بالسبب الأجنبى ، تعين البحث فيما يعتبر سببا أجنبيا . ويمكن تعريف السبب الأجنبى بأنه الحادث الذى يجعل وفاء المدين بالتزامه مستحيلا ويكون أجنبيا عن المدين ولا شأن له فيه (راجع رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية ص ١٨٢ و ص ١٨٣) . والسبب الأجنبى جنس له أنواع ، ومن أنواعه القوة القاهرة والحادث الفجائى وخطأ الدائن نفسه وخطأ الغير . وقد ادعى متعهد النقل في هذه القضية ان احتراق السيارة راجع الى قيام شخص مجهول بوضع بنزين فيها في المكان المخصص للركاب وطلب اعتبار ذلك خطأ من الغير وسببا أجنبيا تدفع به مسؤوليته ، ولكن الحكم رفض هذا الدفع وقرر « ان قيام المستأنف باعتباره المدين بالتعويض بهذا الاثبات (اثبات السبب الأجنبى) اذا ما ادعى خطأ الغير يستلزم من جانبه اقامة الدليل على وقائعه كلها ولا يكفى أن يستند فيه الى مجرد نسبة الخطأ الى الغير ممن يحتمل وقوع الخطأ منهم لوجودهم في موقع الحادث لأن الذى تبينته هذه المحكمة من الاطلاع على تحقيق قضية الجنحة ان هذا التحقيق لم يكشف عن السبب الحقيقى ذاته الذى أدى الى حصول الحريق . وأما ما وصفت به النيابة العمومية الحادث ووقائعه ، فانه لا حجية له ولا تنقيد به المحكمة في نظر دعوى التعويض ، ولذا فقد وجب اعتبار الحادث مجهول السبب كما انه لا يمكن نسبته الى شخص معين سواء أكان هو المدين في التعويض والعمال التابعين لم أم أى شخص من الركاب أو سواهم مما يترتب عليه عدم ثبوت السبب الخارجى الذى يستند اليه المستأنف ،

٣ - الخيرة بين المسئولين : قرر الحكم أيضا جواز الاستناد في طلب التعويض الى أحد الأساسين ، المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض ، فإذا ما قصرت وسائله عن اثبات عناصر الأولى أمكنه الاستناد الى الثانية عند توافر أركانها ، وهو بذلك قد اعتمد نظرية الخيرة بين المسئولين التقصيرية والتعاقدية كأنها نظرية مسلمة لا تحتمل جدلا ، مع أنها في الواقع من الأمر محل خلاف كبير بين الشراح والمحاكم في فرنسا وفي مصر (١) .

غالقاثلون بالخيرة يستندون الى أن قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام فلا يمنع من تطبيقها وجود عقد بين طرفين ، لأن العقد يضاف اليها في تنظيم العلاقة بين الطرفين ولا يستطيع أن يستبعدهما ، فيحق للمعاقد أن يلجأ اليها في أى وقت اذا لم تسعفه أحكام العقد ، ويرتبون على ذلك أنه اذا كان العقد يتضمن اتفاقا على الاعفاء من المسئولية المترتبة على الاخلال به ، يجوز للمعاقد أن يتخلص من أثر هذا الاتفاق بالالتجاء الى قواعد المسئولية التقصيرية (أنظر في هذا المعنى مصطفى مرعى في المسئولية المدنية ، والسنهورى في الموجز في الالتزامات) .

ويرد خصوم الخيرة ذلك بأن المشرع لم يقصد بوضعه أحكام المسئولية التقصيرية تطبيقها على الاخلال بالالتزامات العقدية ، وانما وضع لهذه أحكاما خاصة . فلا بد إذن من تعيين نطاق كل من النظامين قبل التمسك في دائرة العقد بتعلق قواعد المسئولية التقصيرية بالنظام العام . ومتى كان الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام عقدي ، خرج بطبيعته من نطاق المسئولية التقصيرية ، وخضع في تعويضه الى الأحكام الخاصة به وهي أحكام المسئولية العقدية دون غيرها (أنظر مذكراتنا في الفصل الضار سنة ١٩٤٨ نبذة ١٤ ، وراجع بران ص ٢٥٠ وما بعدها نبذة ٢٢٣ وما بعدها ، مازو نبذة ١٩٢ وما بعدها) .

فكان ينبغي إزاء ذلك ألا تكفى المحكمة بمجرد تقرير مبدأ الخيرة ولن

(١) أنظر ما تقدم في ص وما بعدها .

تعرض الى الخلاف القائم بشأنه فتمحصه حتى تخلص منه الى نتيجة
مسيبة يمكن الاعتماد عليها .

٤ — سلطة المحكمة في تكييف المسؤولية : جاء في الحكم موضوع
هذا التعليق ، بعد أن قرر عدم ثبوت خطأ على المدعى عليه يستوجب
مسئوليته التقصيرية ، انه « ظاهر من صحيفة الدعوى الحالية ومن دفاع
المستأنف ضده فيها انه يبنى دعواه على العقد والتزامات المستأنف
الناشئة عنه ، فليس ثمة ما يمنع من نظر الدعوى على هذا الأساس » أى
ان المحكمة اعتبرت أنه لولا ان المدعى ذكر في صحيفة دعواه انه يبنى
الدعوى على أساس المسؤولية العقدية وعلى أساس المسؤولية
التقصيرية ، ما جاز لها أن تنظرها على أساس المسؤولية العقدية .

وظاهر ان ذلك يتصل بقضاء محكمة النقض الذى يعتبر دعوى
المسؤولية العقدية دعوى متميزة عن دعوى المسؤولية التقصيرية ومختلفة
عنها في سببها بحيث لا يجوز للقاضى اذا ما طلب منه الحكم على أساس
المسؤولية العقدية (أنظر نقض أول فبراير سنة ١٩٤٣ وأول مارس سنة
١٩٤٣ و ٨ مارس سنة ١٩٤٣ وتعليقنا على هذه الأحكام في مجلة
القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ ص ١٨٥ وما بعدها (*)) .

وقد غندنا في تعليقنا المشار اليه وجهه نظر محكمة النقض ، وبيننا
ان الفقه الحديث يعتبر ان السبب في دعوى المسؤولية هو ذات الواقعة
القانونية التى ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، أعنى الاخلال بالالتزام ،
سواء كان الالتزام عقدياً أو تقصيرياً . أما بناء الدعوى على أساس
المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية ، فلا يعدو أن يكون
مجرد تكييف قانونى لهذه الواقعة . وهو بهذه الصفة يملكه المتقاضون
تحت رقابة المحكمة . فإذا أخطأ المدعى في تكييف دعواه ، كان للمحكمة
أن تصحح هذا التكييف بما يتفق مع حكم القانون .

وتظهر أهمية ذلك بوجه خاص عند الأخذ بعدم الخيرة بين المسئولين ، فإن ذلك يكون معناه ان كلا من المسئولين التقصيرية والعقدية لها دائرتها الخاصة وان طلب التعويض اما أن تنطبق عليه قواعد المسئولية التقصيرية واما أن تنطبق عليه قواعد المسئولية العقدية . فإذا كيف المدعى دعواه تكييفاً خطأ ، أفىكون ذلك سبباً في رفضها أو يجوز للمحكمة حينئذ أن تصحح التكييف الخطأ وان تقضى في الدعوى على أساس التكييف الصحيح ؟ لا شك عندنا في جواز ذلك ولذا نعتبر أن المحكمة كانت تستطيع أن تقضى في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم على أساس المسئولية العقدية — مادامت قد خلصت الى اعتبار مسئولية متعهد نقل الركاب مسئولية عقدية — ولو لم يبين المدعى دعواه على أساس هذه المسئولية واقتصر على تأسيسها على المسئولية التقصيرية دون غيرها .

مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى (*)

أصدرت محكمة النقض المصرية حكما خطيرا بجلسة ٢٢ يونيه ١٩٣٦ (٤١) قررت فيه المبادئ الآتية :

١ — ان الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ، ومسئوليته هذه تقصيرية بمعسدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية .

٢ — ان قاضى الموضوع يستخلص هذه المسئولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى بغير رقابة عليه فى ذلك .

٣ — ان وجود علاقة تبعية بين الطبيب وادارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب .

وتتلخص وقائع الدعوى فى أن عبد الحميد حمدي أفندى كانت عنده فى سنة ١٩٢٨ أثره التحام (كلويد) مزمنة بمؤخر عنقه ، فاتفق مع الدكتور ألفريد مقار الطبيب بالمستشفى القبطى على معالجته بأشعة اكس ، واستمر العلاج مدة ، ثم شعر عبد الحميد حمدي أفندى بتهيج

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ص ٧ مسد يناير ١٩٣٧ ص ١٥٥ وما بعدها وانظر فى هذا الموضوع مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى البلاد العربية سنة ١٩٧١ الجزء الاول فى اركان المسئولية ص ٤٧ ثم ص ٣٦٢ الى ص ٣٩١ .

(٤١) مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ملحق العددين السادس والسابع ص ٢٤٤ وما بعدها . مجموعة القواعد القانونية للاستاذ محمود عمر ج ١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ وبهذا المعنى أيضا استئناف ٢٣ يناير ١٩٤١ الحماية ٢٢ — ٢٥٨ — ٨٥ ، المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٦٥ (قرر أن مسئولية الطبيب عن الخطأ اليسير مسئولية تقصيرية) ، وأيضا الاسكندرية الابتدائية الاهلية ٣٠ ديسمبر ١٩٤٣ الحماية ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ وأيضا ...

شديد في موضع تسليط الأشعة وتورم في العنق ، فرفع الدعوى على الدكتور مفار وإدارة المستشفى القضائي طالبا الحكم بالزامها متضامنين بأن يدفعوا له مبلغ ألفى جنيه على سبيل التعويض ، وقد رفضت محكمة مصر دعواه ، فاستأنف الحكم ، وقررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم المستأنف والزام المستأنف عليهما متضامنين بأن يدفعوا للمستأنف مبلغ ٥٥٠ جنيه على سبيل التعويض ، فطعن المستأنف عليهما بالنقض في هذا الحكم ، ومحكمة النقض أيدت الحكم المطعون فيه وقررت المبادئ التي أشرنا إليها *

وبما أن لكل مبدأ من هذه المبادئ خطره ، فقد رأيت أنه ينبغي ألا يمر هذا الحكم بغير تعليق ، لأنه يمس ثلاث مشكلات قانونية جديرة بالبحث والتمحيص . فهو قد فصل أولا في مسؤولية الطبيب وطبيعتها ، فاعتبرها تقصيرية غير تعاقدية ، وهذا الاعتبار يصح أن يكون محلا للنظر ، ثم هو قد وسع من سلطة قاضي الموضوع في استخلاص المسؤولية وأركانها من الوقائع الثابتة ، فأطلق هذه السلطة من رقابة محكمة النقض ، وهذا التوسيع أو الإطلاق يبدو مخالفا للمبادئ التي قررتها أحكام سابقة صادرة عن محكمة النقض نفسها ، وأخيرا ذهب هذا الحكم في مسؤولية السيد عن أعمال تابعة إلى حد الاكتفاء بتوافر علاقة التبعية الأدبية ، وفي هذا المذهب من الخطر ما يجيز عدم التسليم به بغير مناقشة وتمحيص ، فلنتناول بحث هذه المسائل الثلاث على التوالي *

المسألة الأولى

مسؤولية الطبيب

مداهما ونوعهما

مدى مسؤولية الطبيب : كان الرومان يعتبرون الطبيب كخبرة من الناس مسئولوا عن كل خطأ يقع منه في علاج المريض (٤٢) ، أما في

القانون الفرنسي القديم فكانت غالبية الشراح على أن الطبيب لا يسأل إلا إذا كان سيء النية ، ولكن المحاكم اختلفت ، فقتضى بعضها بمسئولية الطبيب اطلاقا ، وحكم البعض الآخر بعدم مسئوليته أصلا (٤٣) . وانقسم في شأن ذلك شراح القانون الفرنسي الحديث ، فأيد بعضهم الرأي القائل بعدم المسئولية ، وعارضه فريق آخر . وحجة الفريق الأول أنه يشترط أن يكون الفعل الذى تترتب عليه المسئولية ممكنا تقديره على وجه التحقيق ، وقابلا للجزم بثبوت وصف الخطأ فيه من غير شك ، وهذا ما لا يمكن توافره في الأعمال العلاجية — ولا سيما في الطب الباطنى — حيث يتعذر الجزم فيها بأى شيء . ويرد الفريق الآخر ذلك بالاستناد إلى عموم نص المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدنى فرنسى الذى يجعل كل شخص — دون استثناء الأطباء — مسئولا عن تعويض الضرر الذى يترتب على أى خطأ أو إهمال منه .

وقد فكر ديمولومت في الجمع بين الرأيين ، فذهب الى وجوب التفرقة في شأن مسئولية الأطباء بين نوعين من الأعمال : (١) الأعمال التى تصدر عن أى شخص عادى ولا شأن فيها لصفة الطبيب ، وتسمى أعمالا مادية ، (٢) والأعمال الطبية التى تصدر عن الطبيب فقط في مباشرة مهنته ، وهى التى تعتبر أعمالا فنية . ثم جعل الطبيب مسئولا عن أعماله المادية وحدها دون الأعمال الفنية ، غير أنه لم يسعه أن يعمم مبدأ عدم المسئولية عن الأعمال الفنية ، فسلم بوجود مبادئ أساسية في علم الطب وحقائق ثابتة معترف بها إجماعا ، تعتبر مخالفتها أو الغلط في تطبيقها خطأ جسيما يضارع سوء النية من حيث أنه لا يجوز اغتفاره ، وأنه يستتبع المسئولية جتما (٤٤) .

وقد تبعه في ذلك كثير من الشراح ، ففرقوا مثله بين العمل المادى والعمل الفنى ، غير أنهم عموما الاستثناء الذى أورده ديمولومت على

(٤٣) راجع ديمولوب ج ٣١ ص ٤٧٠ نبذة ٥٤١ .

(٤٤) ديمولوب ج ٣١ ص ٤٧٣ وما بعدها نبذة ٥٤٣ وما بعدها .

سبيل الاستدراك فيما يتعلق بالعمل الفني ، وقالوا ان الطبيب يسأل عن كل خطأ في أعماله المالية ، ويسأل أيضا عن أعماله الفنية اذا وقع منه خطأ. جسيم فيها (٤٥) . وأغلب هؤلاء الشراح يقولون ان المحاكم من هذا الرأي ، ويستدل على ذلك بأحكام معينة .

وأهم حكم استندوا اليه جميعا في تدعيم أساس هذه النظرية حكم أساسي أصدرته محكمة النقض الفرنسية (دائرة العرائض) في ٢١ يولييه ١٨٦٢ (٤٦) ، جاء فيه « ان هاتين المادتين (١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدني فرنسي) قد قررتا قاعدة عامة هي قاعدة وجوب اسناد الخطأ وتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعل الانسان ، بل حتى عن مجرد اهماله أو عدم تبصره ، وان هذه القاعدة تسرى على جميع الناس مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم بغير استثناء ، الا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة ، وأنه لا يوجد أي استثناء من هذا القبول بالنسبة للأطباء ، وأنه مما لا شك فيه أن الحكمة تتطلب من القاضي ألا يوغل في فحص النظريات والأساليب الطبية ، وأنه توجد قواعد عامة يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق وتجب مراعاتها في كل مهنة ، وان الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس » (٤٧) ، وكان من رأى هؤلاء

(٤٥) انظر بيدان ج ٤ نبذة ١١٨٧ ، ديوج ج ٣ نبذة ٢٦٤ ، لالو نبذة ١٦٧ وبا بعدها ، قارن جوسبران ج ٢ نبذة ٤٢٧ .
(٤٦) سري ١٨٦٢ — ١ — ٨١٧ ، جاء فيه قول المحكمة :

«Vu les art. 1383 du Code Napoléon ; .. Attendu que ces (٤٧) articles contiennent une règle générale, celle de l'imputabilité des fautes, et de la nécessité de réparer le dommage que l'on a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ; .. Que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle, qui ne comporte d'exceptions que celles qui sont nominativement formulées par la loi .. Qu'aucune exception de cette nature n'existe au profit des médecins—; Qu'à sans doute, il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories ou des

الشراح أن هذا الحكم قد فرق بين الأعمال الفنية فهى القضاة عن الخوض فيها ، وبين الأعمال العادية فجعل الأطباء فيها كسائر الناس ، ثم استندوا في اشتراط جسامه الخطأ الى حكم آخر أصدرته محكمة استئناف مقرر في ٢١ مايو ١٨٦٧ (٤٨) .

غير أنه يلاحظ أن هذه التفرقة بين الأعمال المادية والأعمال الفنية ، ان كانت ميسورة في بعض الأحوال ، هى كثيرا ما تبلغ حدا من الدقة يجعلها متعذرة ، فالطبيب الذى يعود مريضا وهو فى حالة سكر مثلا أو وهو مشغول بأمور هامة تملك عليه رشده لا شك فى أنه يرتكب خطأ عاديا ، وكذلك يكون الحال اذا امتنع الطبيب عن عيادة مريض فى حالة خطرة أو ترك مريضا بعد البدء فى علاجه بدون أن تكون مواصلة العلاج ميسورة بمعرفة غيره ، أما اذا أخطأ فى تشخيص المرض أو فى وصف الدواء فلا نزاع فى اعتبار خطئه فى هذه الحالة غنيا ، وبالعكس من ذلك ليس من السهل وصف خطأ الطبيب الذى لم يأمر بنقل المريض الى المستشفى فى الوقت المناسب ، أو الذى باشر عملية جراحية خطيرة لا لغرض علاجى بل لجرد ازالة عيوب طبيعية لا أثر لها فى الصحة اطلاقا ، فاذا كان بعض المحاكم قد اعتبر مثل هذا الخطأ عاديا (٤٩) ، فإنه مما لا شك فيه أن تقدير درجة الخطر فى كلتا الحالتين عمل فنى .

واذا فرضنا امكان هذه التفرقة فى جميع الأحوال فإنه لا يجوز مع

méthodes médicales ; mais qu'il est des règles générales de bon sens et de prudence, auxquelles on doit se conformer avant tout, dans l'exercice de chaque profession, et qu, sous ce rapport, les médecins restent soumis au droit commun, comme tous les autres citoyens. »

(٤٨) سبرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ .

(٤٩) محكمة السين الابتدائية ٢٥ فبراير ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩

١ — ٢٤ ، محكمة استئناف نانسى ١٩ يناير ١٩٢٨ غازيت القضاء

١٩٢٨ — ١ — ٤١٠ .

ذلك الأخذ بها ، لأنها لا سند لها في القانون ، بل هي ترجع في أصلها — كما رأينا — الى الرغبة في تحاشي تدخل القضاة في المسائل العلمية الخلافية حتى يكون قضاؤهم مبنيا على الثابت من المبادئ المقررة ، وعلى اليقين لا على الشك ، ثم الى وجوب بث الطمأنينة في نفوس الأطباء وترك الحرية الكافية لهم في اتباع النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها بعد التحقق من صحتها ، ولكن هذين السببين لا يبرران مخالفة حكم القانون الذي يقرر مسئولية كل امرئ عن خطئه مهما كان يسيرا ومهما كان نوعه ، بل انهما في الواقع لا يتعارضان مع تطبيق القانون على وجهه الصحيح ، لأن مؤاخذه المرء عن خطئه الميسر ليس معناها الحكم عليه بمجرد الشك دون اليقين ، اذ لا بد من ثبوت الخطأ بصفة قاطعة مهما خفت درجته ، فلا يجوز للقاضي أن يخطئ الطبيب الا اذا وجد في عمله مخالفة لمبدأ طبي من المبادئ الثابتة على وجه التحقيق ، ومادام الأمر كذلك فهو من جهة في غنى عن الدخول في مناقشة النظريات العلمية الخلافية ، والطبيب من جهة أخرى بمنجى من المسئولية متى راعى تلك المبادئ الأولية المقررة ، ولا حرج عليه بعد ذلك اذا ساير نظريات حديثة ، عليها مسحة من الوجاهة ولما يقطع العلم بعد بصحتها .

أما حكم النقض الذي استخلصوا منه هذه التفرقة بين العمل المادى والعمل الفنى ، فهو يؤيد ما ذهبنا اليه ، ويبعد كل البعد عما زعموا ، فهو قد أكد أن الأطباء لا يستثنون من المسئولية عن كل خطأ أو اهمال ، وغاية الأمر أنه أشار على القضاة بعدم الامعان في فحص النظريات والأساليب الطبية الحديثة وبالوقوف عند حد المبادئ المقررة التي لا خلاف فيها . فهو لم يشترط وقوع الخطأ الجسيم في الأعمال الفنية ، بل قسم هذه الأعمال الى نوعين : أحدهما يجرى وفقا لمبادئ ثابتة مقررة ، ويسأل الطبيب بشأنه عن كل خطأ مهما كان يسيرا ، والثاني تتبع فيه النظريات العلمية التي لا تزال محل بحث وتمحيص ، وقد أشارت محكمة النقض على القاضي بعدم التعرض لهذا النوع من

الأعمال الفنية لأن حكمه فيه لا يمكن أن يقوم على اليقين ، ولا بد له فيه من سلوك سبيل الترجيح الذي لا يخلو من الشك . وكلا الشقين لا يؤخذ منه وجوب اشتراط الخطأ الجسيم في جعل الطبيب مسئولا عن عمله الفني .

ويظهر أنه كان قد تبادر الى بعض الأذهان أن المحكمة منعت القاضي من النظر في المسائل الفنية كلها وجعلت الطبيب فيها غير مسئول أصلا ، فتصدت محكمة متر في حكمها الصادر في ٢١ مايو ١٨٦٧ الى تبديد هذا الظن ، حيث قالت « ان المسئولية تتناول أيضا الأعمال الطبية البحتة ، ولا يجوز في شأنها أن تمنع المحاكم اطلاقا من النظر فيها بحجة أن فصلها في ذلك يؤدي بها الى التدخل في غصص مسائل تقع في دائرة علم الطب وحده ، بل ان الطبيب في مثل هذه الأحوال يجب أن يسأل عن خطئه الجسيم ، المستخلص من وقائع ناطقة واضحة ، والذي يتنافى في ذاته مع القواعد العامة التي يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق ، تلك القواعد المقررة التي لا نزاع فيها . . . » (٥٠) . والمهم هنا في وصف الخطأ ليس الجسامة ، بل استخلاصه من وقائع ناطقة واضحة بحيث يثبت أنه يتنافى في ذاته مع القواعد العامة المقررة التي لا نزاع فيها .

أما وصفه بالجسامة ، فقد ورد عرضا ، وللمحكمة كل العذر في

(٥٠) استئناف متر ٢١ مايو ١٨٦٧ سري ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ، وهذا نص الحيفة المترجمة أعلاه :

«Attendu que (la responsabilité) s'applique également aux faits purement médicaux, et qu'on ne saurait, à cet égard, décliner, d'une manière absolue, la compétence des tribunaux, par le motif qu'ils s'ingéreraient dans l'examen de question qui sont du domaine exclusif de la science; mais que, en pareil cas, le médecin ne peut être tenu que d'une faute lourde, s'accusant par des faits palpables et évidents, constituant, en soi, l'oubli des règles générales de bon sens et de prudence, qui sont hors de discussion. . .».

ايراده في معرض التشديد في ضرورة ثبوت المبادئ الأولية المقررة
التي لا تغتفر مخالفة رجل الفن لها مهما كانت يسيرة .

لهذا كان الرأي الصائب الذي يتفق مع حكم القانون وقضاء المحاكم
ويحقق الغرضين اللذين ينشدهما القائلون باشتراط الخطأ الجسيم لجعل
الطبيب مسؤولاً عن عمله الفني ، أن يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت في
حقه على وجه التحقيق ، سواء أكان ذلك الخطأ عادياً أم غنياً ، وسواء
أكان ييسيراً أم جسيماً (٥١) .

وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على ذلك (٥٢) ، وسأيرها
فيه كثير من المحاكم الابتدائية والاستئنافية (٥٣) ، غير أن بعض هذه
المحاكم يبدو أنه قد اشترط وقوع خطأ جسيم ، ولكن أغلب هذه الأحكام
قد أثبتت على الأطباء أخطاء وصفتها بأنها جسيمة ورتبت عليها
المسؤولية (٥٤) ، ويندر صدور الأحكام التي تعفى الأطباء من المسؤولية
بناءً على أن ما وقع منهم لا يعتبر إلا خطأ يسيراً .

وفي مصر ، هزقت المحاكم بين خطأ الطبيب العادى وبين خطئه

(٥١) أنظر في هذا المعنى سوردا نبذة ٦٧٧ مكررة ، بلانويل وريبير
واسمان ج ٦ نبذة ٥٢٤ ، مازو نبذة ٥١١ .
(٥٢) نقض فرنسى (مضى) ٢٩ أكتوبر ١٩٢٠ سبرى ١٩٢١ — ١ —
١١٩ غازيت القضاء ١٩٢١ — ١ — ٦٨ ، (مراضى) ٢١ يولييه ١٩١٩
دالوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ .
(٥٣) ريوم ٥ فبراير ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ١ — ٦٤٩ .
(٥٤) استئناف ماز ٢١ مايو ١٨٦٧ سبرى ١٨٦٨ — ٢ — ١٠٦ ،
محكمة دبنى Digne ١٠ يولييه ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ٢ — ٦٥٩
ويعرف فوازينيه Voisenot الخطأ الجسيم الذى تقول تلك المحاكم

ان الطبيب يسأل عنه بأنه
c'est la faute avérée, la faute qui saute aux yeux, l'imprudence
manifeste l'incurie notoire, l'erreur évidence.

ويشير في الهامش الى الاحكام التى اوردت هذه العبارات وما يماثلها
(فوازينيه ، في الخطأ الجسيم ص ١٤٤ هامش ٤٣) .

الفنى (٥٥) ، وقررت أن الطبيب لا يسأل عما يرتكبه من خطأ في تشخيص المرض خصوصا اذا تشابهت الأعراض (٥٦) ، ولا عن اختياره طريقة في العلاج دون أخرى (٥٦ مكرر) ، ولا عن عدم مهارته في مباشرة عملية جراحية ، الا أنه يكون مسئولا عن خطئه الجسيم مدنيا وجنائيا اذا ثبت أنه لم يتخذ الاجراءات التى يوجبها الفن (٥٧) . ولكن يلاحظ أن المحاكم التى اشترطت الخطأ الجسيم أثبتت في الواقع وجود خطأ من هذا النوع ، بل ان حكم محكمة مصر (جنح مستأنفة) الصادر في ٢ مايو ١٩٢٧ قرر أن الطبيب يسأل عن خطئه الجسيم في مباشرة مهنته ، وأيضا عن خطئه اليسير (٥٨) . وعندى أن تطبيق أحكام القانون المصرى يؤدى — كما هي الحال في القانون الفرنسى — الى جعل الطبيب مسئولا عن كل خطأ يقع منه ويثبت عليه ثبوتا محققا (٥٨ مكرر) . وقد حكمت بذلك صراحة محكمة استئناف مصر في ٢ يناير ١٩٣٦ ، بل ذهبت الى أنه بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم ، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الاهمال في المعالجة (٥٩) .

-
- (٥٥) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩١٠ (٢٢ ص ١٢٠) ، ٢٩ فبراير ١٩١٢ (٢٤ ص ١٦٦) بسطوروس ج ٢ ص ٥٤٨ نذرة ٦٥٦ .
 (٥٦) استئناف اعلى ١٦ أبريل ١٩٢١ المحاماة ٢ — ٣٠ — ١٣ والمحاماة ٥ — ٤١٧ — ٢٧٧ .
 (٥٦ مكرر) القاهرة الابتدائية الوطنية ٣ اكتوبر ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ — ١٣١ — ٥٥ .
 (٥٧) مصر الابتدائية (جنح مستأنفة) ٢ مايو ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ — ١١ — ٢٠ . الجيزة ٢٦ يناير ١٩٢٨ المحاماة ١٥ رقم ٢١٦ ، استئناف مختلط ١٩ نوفمبر ١٩٣٦ (٤٩ ص ١٩) .
 (٥٨) حكم الجنح المستأنفة المشار اليه في الهامش السابق .
 (٥٨ مكرر) الاسكندرية الوطنية ٢٠ ديسمبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ ، مصر الوطنية ٧ فبراير ١٩٣٩ المحاماة ١٩ — ١٧٠ — ٣٩٥ .
 (٥٩) استئناف مصر ٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة ١٦ — ٧١٣ — ٣٣٤ . ثم اخذت بذلك بعد كتابة هذا التعليق محكمة جنح الزكية بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩ في قضية الدكتور يحيى الجمال رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ جنح حيث قالت انه من المتفق عليه في الآونة الأخيرة نقضا وقضاء ان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ ، مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ =

نوع مسؤولية الطبيب : المسؤولية المدنية نوعان : تعاقدية وهي التي تنشأ عن عدم الوفاء بالتزام مصدره العقد ، وتقصيرية وهي التي تترتب على كل اخلال بواجب قانوني لا يمت الى عقد بصله مباشرة ، وبين النوعين فروق كثيرة ، أهمها ما يتعلق بعبء الاثبات ، فهو أخف كثيراً بالنسبة للمدعى بالمسؤولية التعاقدية ، ثم ما يتعلق بالمدة المسقطه لدعوى التعويض ، فهي المدة الطويلة اذا كانت المسؤولية تعاقدية ، والمدة المسقطه للدعوى العمومية اذا كانت المسؤولية تقصيرية ناشئة عن فعل معاقب عليه جنائياً (المادة ٢٨٢/٢٧٧/٢٣٧ تحقيق جنایات) ، ثم هناك فروق أخرى من حيث تقدير التعويض ، ومن حيث تضامن المسؤولين ، ثم من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية كلها أو بعضها ، الخ (٦٠) .

والضرر الذي ينشأ عن خطأ الطبيب ، اما أن يصيب مريضاً يتولى هو علاجه بناء على طلبه وبموجب اتفاق صريح أو ضمنى بينهما ، واما أن يلحق شخصاً آخر ، كما اذا حرر الطبيب شهادة تثبت اصابة

= فنيا أم غير فني ، جسيماً أو يسيراً ، نقانون العقوبات لا يوجد بين موادہ نص يحيط الاطباء بسياسج تشريعى خاص يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يعدل من أحكامها .

ثم اكدت ذلك محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٧١ (مجموعة أحكام النقض ٢٢ - ١٠٦٢ - ١٧٩) قالت فيه أن التزام الطبيب — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض ، وانما هو التزام ببذل عناية ، الا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الاصول المستقرّة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية. التي احاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادى أيا كانت درجة جسامته .

وفي هذا المعنى أيضاً نقض منى ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٠٧٥ - ١٦٦ .

(٦٠) راجع أندريه بران A. Brun في مجالات وصلات المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ومؤلفنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ١٩٧١ ص ١١ وما بعدها .

شخص — غير طالب الشهادة — بمرض عقلى ، غفى الحالة الأخيرة لا نزاع فى أن مسؤولية الطبيب تقصيرية ، وفى الحالة الأولى حكمت المحاكم بذلك أيضا (٦١) ، وسأيرها فيه أكثر الشراح الأولين (٦٢) ، وقد نحا هذا النحو حكم النقض المصرى سالف الذكر .

غير أنه متى ثبت أن العلاقة التى تقوم بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية ، وجب تعيين التزامات كل من الطرفين فيها ، واعتبار عدم الوفاء بأى منها خطأ تعاقديا ، تسرى عليه قواعد المسؤولية التعاقدية .

وإذا عرفنا أن المحاكم الفرنسية اعتبرت هذه العلاقة تعاقدية منذ نحو قرن ونصف قرن (٦٣) ، كان من الغريب ألا تجعل الطبيب مسئولا قبل المريض الا اذا وقعت منه جريمة أو شبه جريمة كما لو لم يكن بينهما ارتباط أو تعاقد على أجر يقابله تعهد بعمل شئ .

والواقع أن الاجماع يكاد يكون منعقدا على وجود تعاقد بين الطبيب والمريض ، وإن اختلف الشراح فى تكيف هذا العقد وتعيين نوعه (٦٤) . وإنما يرجع استمرار المحاكم الفرنسية حتى هذا العام

(٦١) انظر الاحكام الواردة فى دالوز العملى فى باب المسؤولية المدنية نبذة ٥١٥ وما بعدها .

(٦٢) ديملوب ج ٣١ نبذة ٥٣٩ وما بعدها ، جيليوار فى عقد الاجار ج ٢ نبذة ٦٩٦ ، اوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ نبذة ٤٤٦ ص ٣٧٣ ، ومن هذا الراى فى مصر الاستاذ مصطفى مرعى فى كتابه فى شرح المسؤولية المدنية ص ١٧ ، انظر عكس ذلك لوران ج ٢٠ نبذة ٥١٦ ، هيك ج ٨ نبذة ٤١٩ .

(٦٣) فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية باعتبار المريض ملزما بالتعاقب الطبيب التزاما تعاقديا ، (عرائض) ٢١ أغسطس ١٨٣٩ سرى ١٨٣٩ — ١ — ٦٦٣ ، انظر أيضا (مدنى) ٨ فبراير ١٩٣٢ دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٢٠٢ .

(٦٤) راجع فى هذا الشأن تقرير النائب العام بول ماتير فى دالوز ١٩٣٦ — ١ — ٩٤ .

على اعتبار مسؤولية الطبيب مسئولية تقصيرية الى طبيعة ما يلتزم به الطبيب في هذا العقد ، والى ما يترتب على ذلك من زوال الفرق في عبء الاثبات بين نوعي المسؤولية . ذلك أن المدين اما أن يتعهد بتحقيق غاية معينة obligation de résultat ، واما أن يقتصر تعهده على بذل سعى obligation de moyen قد يؤدي أو لا يؤدي الى تحقيق غاية معينة (٦٥) ، فالمقاول مثلا يلتزم بتحقيق غاية معينة ، وكذلك متعهد نقل الركاب يلتزم بتوصيلهم سالمين (حسب رأى القضاء الفرنسى) ، أما المحامى فالتزامه يكون ببذل سعى يقصد به الوصول الى كسب الدعوى ، وقد يصيب هذا السعى أو يخيب بلا مسئولية على المحامى ، وكذلك التزام الطبيب هو من النوع الأخير ، فان أحدا لم يقل ان الطبيب يلتزم بشفاء المريض ، وانما المطلوب منه بذل قصارى جهده فى سبيل الشفاء ، ولا خرج عليه اذا بذل ما فى وسعه ولم يتحقق الشفاء على يديه (٦٦) .

ويترتب على هذه التفرقة بين التمتع بالغاية والتعهد بالسعى أن الغاية يعينها الطرفان فى العقد تعيينا دقيقا ، بينما السعى المتعهد به متروك أمره غالبا لاجتهاد المتعهد وذمته وأمانته وللقواعد العامة . فاذا احتاج الدائن الى اثبات عدم الوفاء فى الحالة الأولى سهل عليه اثبات عدم تحقق الغاية المتعهد بها ، واستفاد فى ذلك من قواعد المسئولية التعاقدية فى هذا الشأن ، أما اذا أراد اثبات التقصير على المتعهد بسعى وجب عليه اقامة الدليل على وجه التقصير فى هذا السعى ، ولا سبيل له الى ذلك الا بالرجوع الى القواعد العامة التى تبين حدود هذا السعى ومدى ما يحتاج اليه من جهد وتبصر واحتياط ، فيكون مركزه فى هذه

(٦٥) راجع فى شأن هذه التفرقة بين التمتع بغاية والتعهد بسعى ، ديوج ج ٥ نبذة ١٢٣٧ ، ومقال مارتون Marton بهذا العنوان فى المجلة الفصلية ١٩٣٥ ص ٤٩٩ الى ص ٥٤٣ . ومقال Claudio Thomas بهذا العنوان أيضا فى المجلة الانتقائية ١٩٣٧ ص ٦٣٦ ، وهنرى مازو بحث فى تصنيف الالتزامات فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها .
(٦٦) فى هذا المعنى مضر الابتدائية الوطنية (بهيئة استئنافية) ٧ فبراير ١٩٣٩ الحاماة ١٩ - ٩٧٠ - ٣٦٥ .

الحالة من حيث عبء الاثبات شبيها كل الشبه بحالة المسؤولية التقصيرية (٦٧) .

وهذا ما حدا المحاكم في فرنسا الى وصفها مسؤولية الطبيب بأنها تقصيرية ، مع تسليمها بقيام رابطة عقدية بين الطبيب والمريض ، اذ لم تر غائدة — من حيث عبء الاثبات — من التفرقة بين نوعي المسؤولية (٦٨) ، وهو كذلك ما يفسر صدور حكم النقض المصرى سالف الذكر بهذا المعنى أيضا لأنه لم يتعرض الى المسألة الا من ناحية عبء الاثبات .

أما من حيث التكييف القانونى الدقيق ، فقد رجع الشراح المعاصرون في فرنسا منذ أكثر من ربع قرن الى المبادئ السليمة ، وقرروا بقطع النظر عن غائدة التفرقة بين نوعي المسؤولية من الوجهة العملية ، أن مسؤولية الطبيب في مثل هذه الأحوال مسؤولية تعاقدية مصدرها الاتفاق بين الطبيب والمريض (٦٩) ، وتوقعوا أن المحاكم لابد عائدة الى هذا التكييف متى عرضت عليها المسألة في صورة تكون فيها أهمية عملية للتفرقة بين نوعي المسؤولية .

وقد تم ما توقعوا ، فقد عرضت هذا المصام على محكمة النقض

(٦٧) مازو نبذة ١٤٨ ، اندريه بران A. Brun ص ٢٦٩ .

(٦٨) راجع في هذا المعنى مازو نبذة ١٤٨ ونبذة ٥٠٨ .

(٦٩) كولان وكابيتان الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ٩٢٨ ، بلانبول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٥٢٤ ، جوسران الطبعة الثانية ج ٢ نبذة ١٢٨٧ ، ديوج ج ٥ نبذة ١٢٣٧ و ج ٦ نبذة ١٨١ ، مازو نبذة ١٤٨ ونبذة ٥٠٨ ، لالو الطبعة الاولى نبذة ١٦٧ والطبعة الثانية نبذة ٤٢٢ ، ديران Durand

في اتفاقات الامعاء من المسؤولية ص ١٥٧ وما بعدها ، دينيس Denisse

تعليق في دالوز الدورى ١٩٢٠ — ١ — ٢٠ ، اندريه بران A. Brun

نبذة ٢٤٥ ، جان مازن J. Mazen في مسؤولية الاطباء المدنية سنة ١٩٣٤ ص ٣٢ وما بعدها ، فيك وجريه Fick et Perret في شرح قانون الالتزامات السويسرى ، المادة ٩٩ نبذة ٨ .

الفرنسية قضية مشابهة لما فصلت فيه محكمة النقض المصرية ، غير أن أهمية المسألة انحصرت من الوجهة القانونية في تعيين المدة المسقطة لدعوى التعويض ، فوجب الفصل في طبيعة مسؤولية الطبيب ، لأنها ان كانت تقصيرية سقطت الدعوى بها بسقوط الدعوى العمومية المرتبطة بها (بمضى ثلاث سنوات في الجنع) ، وذلك بناء على حكم المادة ٢٨٢/٢٧٧/٢٣٧ تحقيق جنائلي (٧٠) ، أما ان كانت هذه المسؤولية تعاقدية فمن المسلم به أن حكم هذه المادة لا يسرى عليها ولا تسقط دعوى التعويض الا بمضى المدة العادية التي تسقط بها جميع الدعاوى (٣٠ سنة في القانون الفرنسى و ١٥ سنة في القانون المصرى) ، وكانت مصلحة طرفي الخصومة في هذه القضية متوقفة على ذلك ، لأن دعوى التعويض لم تكن رغبت الا بعد مضى ثلاث سنوات من حصول العلاج بالأشعة الذى نشأ عنه الضرر ، وهى المدة الكافية لسقوط الدعوى العمومية عن هذه الاصابة وسقوط دعوى المسؤولية التقصيرية تبعا لها .

فاضطرت المحكمة الى تكليف مسؤولية الطبيب من الوجهة القانونية البحتة ، وعلى ضوء اعتبارات جديدة غير الاعتبار القديم الخاص بعبء الاثبات ، وأعارت هذه المسألة عناية خاصة ، وأخيرا بعد اطلاعها على مذكرة النائب العام بول ماتير وعلى رأى مقررها الأستاذ ليون جوسران وبعد المداولة في غرفة المشورة أصدرت حكما في ٢٠ مايو ١٩٣٦ باعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تعاقدية لا تسقط بسقوط الدعوى العمومية (٧١) ، وقد ورد في أسباب هذا الحكم : « ان الطبيب يرتبط

(٧٠) نقض مدنى اول مايو ١٩٤٧ المحللة ٢٨ - ٧٧٢ - ٢٥٥ وقد جاء فيه أن الدعوى المدنية بالتضمينات الناشئة من جنائية أو جنحة أو مخالفة والتي لا يجوز اقامتها أمام المحاكم الجنائية بعد سقوط الدعوى العمومية هي التي ترفع أمام المحاكم الجنائية بالذات لا أمام محاكم المواد المدنية .

(٧١) نقض فرنسى مدنى ٢٠ مايو ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٩٦ ومعه مذكرة النائب العام P. Matter وتقرير المستشار جوسران وتعليق بتوقيع E.P. ، المجلة المسماة للتأمينات البرية ١٩٣٦ ص ٨٠٤ وما بعدها ، وانظر بحثا في مسؤولية الطبيب بعد حكم النقض المذكور بأعضاء C. Falque في المجلة الانتقادية ١٩٣٧ ص ٦٠٩ وما بعدها ، وانظر أيضا =

مع المريض الذى يعالجه بعقد حقيقى يلتزم بموجبه لا بشفائه ... بل بمعالجته بذمة وانتباه مع مراعاة المبادئ المقررة فى علم الطب ... ، وان مجرد عدم الوفاء بهذا التعهد — ولو لم يكن متعمدا — يستتبع مسئولية تعاقدية ، ولأن دعوى التعويض المبنية على هذا النوع من المسئولية تختلف فى أساسها عن الفعل المكون للجريمة — لأنها ناشئة عن الاتفاق السابق على ارتكاب هذا الفعل — لا يسرى عليها حكم المادة ٦٣٨ تحقيق جنايات ولا تسقط بمضى ثلاث سنوات » (٧١ مكرر) .

ولا شك عندى فى أنه لو كان فى القضية التى فصلت فيها محكمة النقض المصرية أهمية محسوسة للتفرقة بين نوعى المسئولية ، كما هى الحال فى هذه القضية الأخيرة ، لما ترددت المحكمة فى اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تعاقدية ، كما هو وضعها الصحيح ، وهى لا بد واصله الى ذلك فى المستقبل متى اضطرتها الوقائع الى البحث عن هذا الوضع

= نقض فرنسى (مرائض) ١٥ يونيه ١٩٣٧ وأول يوليه ١٩٣٧. سبرى ١٩٣٨ —
١ — ٥ ، ونقض فرنسى (مدنى) ١٨ يناير ١٩٣٨ غازيت القضاء ١٩٣٨ —
١ — ٣١٤ .

(٧١ مكرر) ونفيا لى نص اسباب الحكم :

«Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises par la science; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle; que l'action civile, qui réalise une telle responsabilité, ayant ainsi une source distincte du fait constitutif d'une infraction à la loi pénale et puisant son origine dans la convention préexistante échappe, à la prescription triennale de l'art. 638 C. instr. crim».

الصحيح • والى أن يتم ذلك ينبغي ألا نبالغ في أهمية هذا الوصف الذى وصفت به محكمتنا العليا مسئولية الطبيب ، وألا نرتب عليه أى أثر ، إذ يغلب أنها حذت فيه حذو المحاكم الفرنسية عندما كانت تعامل مسئولية الطبيب من حيث عبء الاثبات معاملة المسئولية التقصيرية ، دون أن تقصد بذلك اخراجها من دائرة المسئولية التعاقدية فيما يتعلق بالفوارق الأخرى غير عبء الاثبات (*) •

(*) ورجعت محكمة النقض فى حكم لها بتاريخ ٢٦ يونيه ١٩٦٩ فكيفت مسئولية الطبيب الذى اختاره المريض أو نائبه لعلاجها بأنها مسئولية عقدية وترتبت أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لريضه جهودا صادقة بقطة تتفق - فى غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فبمسأل الطبيب عن كل تقصير فى مملكة الطب لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول (مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٠٧٥ - ١٦٦) •

انظر بحثنا فى ضبط معيار الخطأ المنشور فيما تقدم من ٣ وما بعدها .
وانظر فى نقدنا لمعيار الظروف الخارجية المشار إليها فى حكم النقض سالف الذكر محاضرتنا فى حلب ودمشق فى ضبط معيار الخطأ المنشورة فيما تقدم من ص ٣٠ وما بعدها ، ومؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تقنينات الدول العربية سنة ١٩٧١ ص ٢٢٠ نبذة ٨٥ حيث رأينا استبدال معيار الظروف الظاهرة بمعيار الظروف الخارجية وقد أخذت بهذا المعيار صراحة المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٥٧ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ٢ - ٥٩١ - ٦٦ . قرب أيضا (نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ٧٧٩ - ١٢٣ وأيضاً ٢٦ يونيه ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض ٢٠ - ١٠٧٥ - ١٦٦) •

وانظر فى مدى مسئولية الطبيب مؤلفنا المشار اليه آنفا نبذة ١٤٩ الى ١٥١ ص ٣٦٧ الى ص ٣٩١ ويضاف الى ذلك حكم جرح الأربكة ٢٦ يونيه ١٩٦٩ الجنحة رقم ١٠٥٤ سنة ١٩٦٧ وقد جاء فيه أنه من المتفق عليه فى الآونة الأخيرة مقها وقضاء أن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنياً أو غير فنى ، جسيماً أو يسيراً . فالتأون العقوبات لا يوجد بين مواده ما يحيط الاطباء بسياج تشريعى خاص يضيق من نطاق مسئوليتهم الجنائية أو يعدل من احكامها ، وذلك أن فكرة التفرقة بين الخطأ المادى والخطأ الفنى ، وبين الخطأ الفنى اليسير والخطأ الفنى الجسيم - وهى أصلاً من صنع فقهاء القانون المدنى - قد وجدت صداها لدى علماء القانون الجنائى حيناً من الدهر فاسترشدوا بها فى تأصيل مبدأ الخطأ فى المسئولية واستقادوا منها فكرة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، مع أن القضاء كان قد نبذ فى ذلك الوقت التفرقة بين الخطأ فى المسائل المدنية والخطأ فى المسائل الجنائية أخذاً بمبدأ وحدة الخطأ =

المسألة الثانية

سلطة استخلاص المسؤولية من الوقائع

بنى الدكتور ألفريد مقار طعنه في حكم الاستثناء على عدة أسباب ، منها أن الحكم لم يشتمل على الأركان القانونية التي تقوم عليها المسؤولية المدنية بسبب الأفعال طبقاً للمادة ١٥١ مدنى التي رأت المحكمة انطباقها ، وأنه خالف قواعد الاثبات القانونية اذ رفع عن المدعى واجب اثبات دعواه بجميع أركانها وكلف الطاعن اثبات أن الاصابة ترجع لسبب من الأسباب التي يجوز الخبراء حصولها منها ، وأنه اضطرب في تعيين نوع التقصير الذى أسنده الى الطاعن ، فتارة يصفه بأنه جسيم وتارة بأنه يسير من باب التسليم الجدلى ، وأنه اكتفى بمجرد احتمال قيام علاقة السببية بين العلاج بالأشعة والحرق الذى ظهر في عنق المصاب ، الخ .

= بينهما (راجع نقض ١٤ مارس ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ — ٧٦١ — ٢٩٤) ثم كان لقضائنا حظ السبق في هجر فكرة التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير أو الهين — سابقا القضاء الفرنسى بعشر سنين في ذلك المضمار حينما قضت محكمة استئناف القاهرة بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه وأن الطبيب لا يتمتع بأى استثناء (استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ — ٢٦ — ٩٣) . وبهذا المعنى جرى قضاء محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٤٣/١٢/٣٠ المحاماة ٢٤ — ٧٨ — ٣٥ ، ثم اقتضى القضاء الفرنسى ذات الاثر حينما رددت محكمة جرينوبل ذات المبدأ نقالت بانه لا يلزم أن يكون الخطأ جسيما اذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفى الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير (١٤ نوفمبر ١٩٤٦ دالوز الاسبوعى ١٩٤٧ من ١) .

وقد جرت بعد ذلك أحكام القضاء على وجوب مساءلة الطبيب عن خطئه اليسير عابداً كان أم منيا ، ذلك أنه اذا خالف الطبيب مبادئ الحيطة أو حسن التقدير العامة التى يجب عليه مراعاتها لدى ممارسته عمله فإنه يخضع فيها يتعلق بهذا الامر لاحكام القانون ، مثله في ذلك مثل أى شخص آخر من المواطنين ، اذ الجهل بأصول الفن خطأ ينسب الى كل من يمارس فنا من الفنون ولا يوجد في القانون ما يبرر تمتعهم باستثناء خاص . انظر أيضا (نقض مدنى ١٩٧١/١٢/٢١ في الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق مجموعة أحكام النقض ٢٢ — ١٠٦٣ — ١٧٩) .

وقد ردت محكمة النقض هذه الأسباب جملة واحدة ، فقالت « وبما أن ما جاء في هذين الوجهين وما استخلصه الطاعن منهما ومن فروعهما ، كله يتعلق بأمور موضوعية بحثة ويدفع موضوعية أيضا (٧٢) لم يسبق تقديمها لمحكمة الاستئناف ، وذلك جميعه مما لا يصح عرضه على محكمة النقض والابرام ، وبخاصة لأن القضية قائمة على تقدير محكمة الموضوع لمسئولية طبيب أضر بمريض عاجه ، وهى مسئولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية ، وقاضى الموضوع يستخلصها من جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه فى ذلك ، ويتعين اذن رفض هذا الطعن » .

والمهم فى ذلك أن محكمة النقض جعلت سلطة استخلاص المسئولية التقصيرية وأركانها من عناصر الدعوى لقاضى الموضوع وحده من غير رقابة عليه فى ذلك ، فكأنها اعتبرت توافر المسئولية ، ووصف الفعل بأنه خطأ ، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، اعتبرت كل ذلك من المسائل الموضوعية لا من المسائل القانونية ، مع ما فى ذلك من مخالفة للمبادئ المقررة بأحكام سابقة . وربما كان سبب ذلك أنها تأثرت برأى قديم كان يعتبر تقدير وقوع الخطأ وعدمه مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض الفرنسية أخذت منذ نحو عشرين عاما تمتد سلطانها وتفرض رقابتها على تقدير الوقائع التى يثبتها قاضى الموضوع حتى تتحقق من صحة استنباط الخطأ من هذه الوقائع ، فحتمت على محكمة الموضوع أن تبين العناية التى كان يجب على المتسبب فى الضرر بذلها لهاملها ، وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من مراقبة على صحة الاستنباط ، وكذلك جرت أيضا على الغاء جميع الأحكام التى لم تبين توافر رابطة السببية ، وجعلت لنفسها حق الرقابة على تقدير تلك الرابطة (٧٣) .

(٧٢) ويلاحظ أن الطاعن كان قد دفع أيضا بوجوب تطبيق أحكام المسئولية التعاقدية بدلا من المسئولية التقصيرية .
(٧٣) راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٤ وهامش ٣ من ص ١٥ من الطبعة العربية ، و ص ٨ وهامش ٥ من ص ٩ من الطبعة

وقد سبق لجمعية النقض المضرة نفسها أن أخذت بهذا الرأي الحديث وقررت باستمرار في كثير من أحكامها ، إذ نصت صراحة على « أن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور التي تدخل في سلاطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره ، أما ارتباط الفعل أو الترك بأضرار الناشئة ارتباطا مسبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض » (٧٤) ، وكذلك سبق لها أن اعتبرت وصف الخطأ بأنه تعاقدى

الفرنسية ، وانظر أيضا نقض فرنسي (مدني) ٩ يولييه ١٩٣٥ سري ١٩٣٦ — ١ — ٢٩ .

يضاف نقض مدني ٣ يونيو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ١٧٠ — ٦١ ونقض ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ الحماية ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ ، نقض مدني ٣ يونيو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ — ١٤٩٧ — ٢٠٨ .

ويضاف أيضا نقض مدني ١٢ يونيو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض ٢٤ — ٨٦٤ — ١٥٧ و ١٠ مايو ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ وأيضا ٢٩ يونيو ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ — ١٤٥٤ — ٢٧٦ و ٢٨ مارس ١٩٧٧ في الطعن رقم ٤٣٨ سنة ٤٣ ق مجموعة أحكام النقض ٢٨ — ٨١٢ — ١٤٤ .

ويضاف نقض مدني ٢٧ مارس ١٩٨٠ في الطعن رقم ٥٦١ سنة ١٩٤٩ ق وقد جاء فيه أن تكيف الفعل بأنه خطأ من عدمه يخضع لرقابة محكمة النقض ولكن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع مادام استخلاصا سائفا ، وأيضا نقض مدني أول يناير ١٩٨١ في الطعن رقمي ٢٥ و ٢٨ سنة ٥٠ ق وقد جاء فيه أنه لما كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع في وصفها للفعل أو الترك بأنه خطأ مما يستوجب المسئولية المدنية أو غير خطأ وكان بنا وصنه الحكم المطعون فيه بأنه خطأ تقصيري من الطائفة وهو مجرد استلزامها عين النزاع سنة ١٩٧٥ من المؤسسة العاملة للادوية لا يصدق عليه وصف الخطأ بمعناه القانوني فإن الحكم اذ قضى بمسئولية الطائفة مسئولية تقصيرية وعلى هذا الأساس الزمها بالتعويض للمطعون عليه الاول متضامنة مع الطائفة في الطعن رقم ٢٨ سنة ٥٠ ق يكون فضلا عن قصوره مخطئا في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه .

(٧٤) نقض مصري (مدني) ١١ يناير ١٩٣٤ مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ملحق العدد الثالث ص ٥٣ الحماية ١٤ — ١ — ٢١٩ — ١٢٢ ، وانظر أيضا نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ الحماية ١١ — ٨١٢ — ٤١٧ ، نقض (مدني) ٩ أبريل ١٩٣٦ مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ملحق =

أو تقصيرى من المسائل القانونية الخاضعة لرقابتها (٧٤ مكرر) .

فكان جديرا بمحكمة النقض أن تثبت على هذه المبادئ التى سبق
أن قررتها ، ولا سيما أنها تؤدي الى توسيع سلطتها لا الى تضييقها كما
فعل الحكم الأخير الذى نحن بصددده (*) .

المسألة الثالثة

مسئولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب

كانت محكمة الاستئناف قد أثبتت قيام نوع من الشركة بين
الدكتور ألفريد مقار وادارة المستشفى القبطى ، حيث ظهر لها أن آلات
وعدد قسم الأشعة كان يملكها المستشفى ، وأن الدكتور مقار كان
يستعملها ويستخدم موظفى المستشفى ، وأن ايراد المعالجة بالأشعة كان
يقسم مناصفة بين الطرفين ، فهكمت بناء على ذلك باعتبار الطرفين

= العددين السادس والسابع ص ١٧٦ ، نقض (مدنى) ٢١ مايو ١٩٣٦
المرجع السابق ص ٢٢٢ .

يضاف نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحللة ١٨ — ٥٩٩ — ٢٩٨ .
و ٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٥ — ٨٧ .

(*) يضاف ايضا فيها يتعلق باعتبار رابطة السببية من مسائل الواقع التى
تدخل فى سلطة محكمة الموضوع (نقض مدنى مصرى ١١ مارس ١٩٤٨
التشريع والقضاء ١ — ١٦٠ — ١٨ المحللة ٢٩ — ٣٥٢ — ١٩١ مجموعة
القواعد القانونية ٥ — ٥٦٥ — ٢٨٧) وكذلك ٢٧ ابريل ١٩٦١ مجموعة
احكام النقض ١٢ — ٤٠٤ — ٥٧ ، ٢٠ مايو ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض
١٦ — ٦١٤ — ٩٩ ، ٣٠ يونيه ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض ١٦ — ٨٧٠ —
١٣٧ ، نقض جنائى ١٤ يونيه ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض الجنائى ١٧ —
٨٠٦ — ١٥٢ ، ونقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ١٧ —
١٦٢٩ — ٢٣٠ ، وايضا ٣٠ يناير ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ — ١١ —
٣ ، ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة احكام النقض ٢٢ — ١٠٦٢ — ١٧٩ ، ٣١
ديسمبر ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥ — ١٥١٥ — ٢٥٧ ، ٢٩ يناير ١٩٨٠
فى الظمن رقم ٤٧٤ سنة ٤٦ ق مجموعة احكام النقض ٣١ — ٣٥٦ —
٧١ .

« شريكين في المسؤولية المدنية وفي تعويض الضرر الذى أصاب
المستأنف » .

فطغنت ادارة المستشفى فى هذا الحكم بأنه أخطأ حين قرر
مسئوليتها على اعتبار الطبيب شريكا لها بمقتضى عقد الاتفاق المؤرخ
فى ٣٠ سبتمبر ١٩٢٦ مع أن هذا العقد لا يفيد سوى استئجار المستشفى
للطبيب واستئجار الطبيب لقسم الأشعة ، وقالت ان هذا النظر يكون
من جهة مخالفا لعقد الاتفاق المتقدم فكره ، ويكون من جهة أخرى مخالفا
للقانون ، اذ أن المادة ١٥١ فقرة ثانية من القانون المدنى لا تجعل مثل
المستشفى مسؤولا عن تقصير الأطباء الموظفين فيه .

فردت محكمة النقض على هذا الوجه من الطعن بقولها :

« وبما أن هذا الذى استخلصته محكمة الاستئناف ، سواء أصبحت
تسميته شركة بين الدكتور مقار وبين المستشفى القبطى قوامها أن يقدم
الدكتور خدماته الفنية للمرضى الذين يفسدون على المستشفى مستمينا
بالخدم والإلات التى فيه ، ويقوم المستشفى بدفع نسبة من الدخل
الذى يحصله عن تلك الخدمة كما هو منحنى الحكم ، أم صحت تسميته
توظيفاً للطبيب أو استئجاراً منه لأدوات المستشفى وخدماته كما هو منحنى
تقرير الطاعن ، سواء أصبحت هذه التسمية أم تلك ، فإن الظروف التى
جمعها الحكم فى الفقرة المقتبسة ، وفيما سرده من وقائع الدعوى الحالية
بخصوصها ، تدل على وجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل
ما فيها . أنها علاقة فيها رضى ذو الفن أن يكون تابعا أدبيا لإدارة
المستشفى ، وتلك علاقة مقطوع قانونا بأنها تحمل المستشفى مسؤولية
خطأ الطبيب » .

والرأى عندى أنه لا غبار على حكم الاستئناف من حيث الزامه
الطرفين بالتضامن باعتبارهما شريكين ، اذا صح تكليف العلاقة بينهما
على أنها شركة . ولا شك فى أن هذا التقدير خاضع لرقابة محكمة

النقض ، فلو أن هذه المحكمة اقتضت بصحته لما احتاجت الى مسaire الطاعن في اعتبار هذه العلاقة توظيفا للطبيب ، ولا الى القول بأنها تجعل الطبيب تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، بل الواقع أن محكمة النقض لم تقر التكليف القانوني الذي كيفت به محكمة الاستئناف هذه العلاقة ، فأعطتها وضعا جديدا ، واعتبرتها علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى كعلاقة التابع بالسيد ، ونحن هنا نقعرض للحكم من هذه الناحية وحدها (٧٥) .

من المسلم به أنه يشترط لاعتبار الشخص تابعا لغيره أن يكون المتبوع قد عينه في عمل له وأن يكون له عليه حق الرقابة والتوجيه .

وتنشأ علاقة التبعية بصفة عامة عن عقد ايجار الأشخاص ، ولكن العبرة في قيامها ليست بطبيعة العقد الذي يربط الطرفين ، وانما المعول عليه حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره (٧٦) . وقد ميزت المحاكم بين نوعين من الرقابة يختلف كل منهما من حيث كفايته في انشاء علاقة التبعية . فالنوع الأول رقابة عامة ، الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط العمل المتفق عليها ، والنوع الثاني يقتضى التدخل في وسائل تنفيذ العمل وفي طريقة ادارته ، وتعتبر الرقابة التي من النوع الثاني فقط منشئة لعلاقة التبعية ، لا الرقابة التي من النوع الأول (٧٧) . وبناء على ذلك حكم بأن شركة السكك الحديدية لا تسأل عن الحوادث التي تقع في أثناء قيام متعهدا بالعمل الذي تعهد لها به ، متى ثبت أن

(٧٥) راجع في هذا الشأن كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٦ وما بعدها من الطبعة العربية ، و ص ١٥ وما بعدها من الطبعة الفرنسية ، ورسالة الدكتور محمد حلمي بهجت بدوى في مسؤولية السيد (باللغة الفرنسية) ص ٦٧ وما بعدها .
(٧٦) نقض فرنسي (جنائي) ٦ أغسطس ١٩٣٥ غازيت القضاء
١٩٣٥ — ٢ — ٦٦٣ .
(٧٧) انظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد حلمي بهجت بدوى في مسؤولية السيد ص ٩٣ وما بعدها .

الرقابة التي كانت للشركة على هذا العمل لم يكن الغرض منها سوى التحقق من حسن تنفيذ الشروط المقررة للعمل ، وأنها لم تكن تقتضى أى تدخل فى اصدار التعليمات للعمال ، ولا فيما للمقاول من سلطة ادارة العمل (٧٨) ، كما أنه حكم أيضا بأن عقد المقاولة يجعل المقاول تابعا لشركة السكك الحديدية مادام قد نص فيه على التزام المقاول باتتباع جميع الأوامر والتعليمات التي يصدرها اليه كبير مهندسى الشركة أو قلم هندستها فيما يتعلق بطريقة تنفيذ المقاولة (٧٩) .

يتضح من ذلك أن من كان له فى عمله استقلال يخرج به عن سلطة غيره لا يعتبر تابعا لذلك الغير (٨٠) ، وقد حكمت بذلك المحاكم المصرية اذ قررت أن المقاول رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل ، وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده ما يراه لاماكان الوصول بالمقاولة الى النهاية المشترطة عليه فى العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفني فى عمله بل المقاول هو المسئول وحده (٨١) .

ومتى كان للسيد حق الرقابة على أعمال تابعه ، فلا عبرة بعد ذلك باستعماله حقه فى هذه الرقابة واصدار الأوامر كثيرا أو قليلا ، ولا بعدم استعماله اياه مطلقا ، لأنه فى كلتا الحالتين يكون مسئولا عن أعمال تابعه ، وانما يشترط فقط أن يكون السيد قادرا على مباشرة هذا الحق ، فان لم

(٧٨) Nimes ٢٣ يناير ١٩٢٤ دالوز الاسبوعى ١٩٢٤ —

٣٢٢ .

(٧٩) نقض فرنسى (مرائض) ١٠ نوفمبر ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ — ١ —

١٣٢ .

(٨٠) راجع مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ص ١٩٠ نبذة ٢٠١ .

(٨١) محكمة مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المجلد ٧ — ٥٨٤ —

٣٨٩ ، استئناف ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ١١٩ ، الموسقى الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجموعة ناصر رقم ٥٤٦٢ ، استئناف مخطط ٢٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٥٩) ٢٢ نوفمبر ١٩١٦ (٢٨ ص ٧٤) .

يكن ذلك في مقدوره بسبب ما للخدمات المنوطة بالتابع من صبغة فنية مثلا ، تعذر القول بأن للسيد فعلا حق الرقابة على عمل التابع الفني وعلى وسائل تنفيذه ، وانعدمت بينهما علاقة التبعية فيما يتعلق بتنفيذ العمل الفني (٨٢) . وقد طبق الأستاذ والتون ذلك على حالة الطبيب ، فقرر صراحة أنه لا يوجد بين ادارة المستشفى والطبيب ذلك النوع من العلاقة الذى يجعل الانسان تابعا لغيره ، لأن ادارة المستشفى لا سبيل لها الى رقابة طريقة قيام الطبيب بواجباته ، فيجب ألا تسأل عن اعماله أو عن عدم مهارته في اجراء عملية جراحية مثلا (٨٣) . وحكمت المحاكم المصرية بأن ادارة المستشفى لا تسأل عن أخطاء الطبيب الا اذا كان غير حائز للمؤهلات الفنية ، وأن الطبيب لا يعتبر على العموم تابعا للجهة التى يعمل فيها الا اذا كان مدير تلك الجهة طبيا مثله حتى يمكنه رقابة عمله (٨٤) . غير أنه فيما لا يتصل بصميم عمله الفني يصح أن يبقى الطبيب خاضعا لرقابة من استخدمه ، فيعتبر تابعا له فيما يتعلق بأداء الواجبات العامة التى تفرضها عليه وظيفته (٨٥) .

فاذا نظرنا الى علاقة الدكتور مقار بالمستشفى القبطى كما استخلصتها محكمة الموضوع ، وجدنا الدكتور مستقلا في عمله وخارجا

(٨٢) نفثس فرنسى (جنائى) ٢٨ يونيه ١٩٣٤ مىرى ١٩٣٤ - ١ - ٣١٦

(٨٣) والتون مذكراته فى المسؤولية المدنية ص ٨٥ ، وفى هذا المعنى ايضا بوردى لكانتيزى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٢ .

(٨٤) مصر الاهلية ٤ فبراير ١٩١١ (٢٣ ص ١٨٣) . وقد حكمت بعكس ذلك محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مارس ١٩٢٢ (٢٤ ص ٢٤٠) حيث اعتبرت مالك الصيدلية غير الفنى مسئولا عن الخطأ الفنى الذى وقع من مستخدمه الصيدلى ، ولكنها لم تستطع أن تبني حكمها على ما للمالك من حق الرقابة على عمل الصيدلى ، بل التجأت فى ذلك الى فكرة الغرم بالغنم ، وهى فكرة نراها بعيدة كل البعد عن أن تكون أساسا لمسئولية السيد ولا سيما فى القانون المصرى .

(٨٥) استئناف ديجون ١٨ مارس ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٣٤ مىرى ١٩٠٦ - ٢ - ١٧ ، استئناف بو Pau ٣٠ يونيه ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ - ٢ - ٤٩ ، وفى هذا المعنى ايضا والتون ص ٧٦ .

عن سلطة ادارة المستشفى ، ثم اذا سلمنا جدلا باعتباره موظفا في المستشفى ، فان الخطأ الذى نسب اليه خطأ فنى بحث ، وهو تجاوزه عدد جلسات العلاج بالأشعة التى كان يجب أن يقف عندها . وبما أن الجمعية الخيرية التى تدير المستشفى انما تقوم بعمل إنسانى وليست لها صبغة فنية ، فليس فى مقدورها أن تراقب عمل الطبيب الفنى وأن تتدخل فيه وتصدر اليه الأوامر والتعليمات فى طريقة تنفيذه — لو فرضنا أن العقد الذى بينها وبينه يخولها هذا الحق ، فلا محل اذن لجعلها مسؤولة عن خطأ الطبيب فى عمله الفنى (٨٦) .

أما تقرير حكم النقض هذه المسؤولية بناء على « أن ظروف الدعوى تدل على وجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل ما فيها انها علاقة فيها رضا ذو الفن أن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى » فلا يتفق مع المبادئ المسلم بها ، لأن الحكم جعل أساس علاقة التبعية رضا ذى الفن بأن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، مع أن هذا الرضا من جهة التابع — لو صح — (٨٧) لا يكفى لجعل المتبوع مسئولا ، وأما العبرة بقبول السيد لهذه التبعية وبثبوت حق الرقابة التنفيذية له وبمقدرته على مباشرة هذا الحق من الوجهة الفنية .

وكأنى بمحكمة النقض ، وقد شعرت بعدم توازن هذه الشروط فى ادارة المستشفى ، نظرت الى المسألة من ناحية الطبيب ، واكتفت باثبات رضاه بأن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى ، مع أن علاقة التبعية التى تترتب عليها المسؤولية انما هى التى تجعل التابع خاضعا لأوامر سيده ، بحيث ينفذ هذه الأوامر بغير أن يكون له فى تكييفها أى نصيب من

(٨٦) انظر فى هذا المعنى دوييه ١٦ مايو ١٩٣٦ دالوز الاسبومى ١٩٤٦ — ٤٣٥ .

(٨٧) قضت محكمة جنح بيتيم Béthume فى ٧ فبراير ١٩٣٦ بأن تنازل الطبيب عن استقلاله الفنى غير صحيح قانونا (دالوز الاسبومى ١٩٣٦ — ٤٣٦) .

التفكير الشخصى ، بل ان شخصيته تمحى فى شخصية سيده « بحيث يجعل عينه وذراعه فى خدمة عقل سيده وارادته » (٨٨) ، ولذلك سمى هذا النوع من التبعية تبعية مادية *dépendance physique* للدلالة على وجوب التشدد فى تقصى هذه العلاقة الى أبعد حدود التشدد ، وهذا ما أخذت به المحاكم فى غرنا (٨٩) .

وقد انتقد الأستاذ سافاتييه ذلك ورأى الاكتفاء بالتبعية الاقتصادية *dépendance économique* بدلا من التبعية المادية ، ويقصد بها التعويل على مركز التابع الاجتماعى من حيث انه مضطر لكسب عيشه من عمله اضطارا يجعله تابعا اقتصاديا لرب العمل (٩٠) . غير أن فكرة هذه التبعية الاقتصادية تتصل بمبدأ المسؤولية الشئئية عن المخاطر المستحدثة التى يعتبر الأستاذ سافاتييه من أشد أنصارها تحمسا ، وهذا وحده كان سببا كافيا لرفض المحاكم الأخذ بها (٩١) . وفوق ذلك قد بين الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى ان هذه الفكرة ليست صحيحة فى ذاتها ، وانها تتعارض مع المبادئ المقررة ، اذ التسليم بها يتنافى مثلا مع حق السيد فى الرجوع على تابعه بمبلغ التعويض (٩٢) .

ولا نظن أن محكمة النقض المصرية قد قصدت التعويل على هذا النوع من التبعية ، أى التبعية الاقتصادية ، لأن الطبيب فى مركز يجعله بأى حال بعيدا عن الاضطراب للعمل بالمستشفى ، أما وصفها التبعية

- (٨٨) بارتان فى شرح أوبرى ورو ج ٦ ص ٣٨٢ هامش ١٥ ثالث .
 (٨٩) راجع رسالة الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ وما بعدها .
 (٩٠) انظر تعليق الأستاذ سافاتييه فى دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ٧٣ .
 (٩١) استئناف ديجون أول مارس ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ٣٣٩ ، ٢٦ مايو ١٩٢٦ غازيت القضاء ١٩٢٦ — ٢ — ٣٢٦ . وانظر الأحكام الأخرى التى ذكرها الدكتور محمد حلمى بهجت بدوى فى رسالته ص ٨١ وما بعدها .
 (٩٢) المرجع السابق ص ٨٣ وما بعدها .

التي تترتب عليها المسؤولية بأنها أدبية فلا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، لأن ذلك قد يؤدي الى توسيع دائرة التبعية وتراخيها الى أقصى حدود التراخي ، فيصبح مثلاً رئيس كل جمعية أو حزب سياسى مسئولاً بصفته هذه عن أعمال أعضاء الجمعية أو أنصار الحزب لأنهم كلهم يعتبرون تابعين له أدبياً ، ومن المؤكد أن محكمة النقض لم تقصد هذه النتيجة ، ويؤيد ذلك أنها وصفت هذه التبعية الأدبية بأنها « علاقة مقطوع قانوناً بأنها تحمل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب » ، وهذا الاجماع الذى تشير اليه محكمة النقض لم يثبت الا للتبعية المادية (٩٣) *dépendance physique* وبالنسبة فقط لتقصير الطبيب فى واجباته العامة التى تفرضها عليه وظيفته ، ولم ينصرف قط الى تبعية الطبيب بالنسبة لعمله الفنى ، ولا الى تلك التبعية التى قالت عنها المحكمة انها مجرد تبعية أدبية .

(٩٣) وقد أوضحت محكمة جنح الازبكية هذه التبعية المادية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ الواردة أسبابه فيها يلى فى ص ٣٢٧ .

مسئولية الطبيب الاخصائى (*)

مسئولية الطبيب الاخصائى وكيفية تقدير خطئه : الطبيب خاضع من حيث مسؤوليته للقواعد العامة ، فيسأل عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق (١) ، سواء أكان ذلك الخطأ عاديا أم غنيا ، وسواء أكلن يسيرا أم جسيما (راجع تعليقاتنا على الأحكام فى مسؤولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ ص ١٦١ وما بعدها) ، وقد حكمت بذلك محكمة استئناف مصر فى ٢ يناير سنة (المحاماة ١٦ - ٧١٣ - ٣٢٤) ، ثم أضافت اليه أنه بالنسبة للأطباء الاخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا خصوصا اذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم اهمال فى المعالجة .

ويظهر بادى الرأى أنه من الصعب التوفيق بين اعتبار المحكمة كل طبيب مسئولا عن أى خطأ يقع منه سواء أكان ذلك الخطأ يسيرا أم جسيما ، وبين تقريرها وجوب استعمال منتهى الشدة مع الأطباء الاخصائيين وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا ، لأنه مادام كل طبيب مسئولا عن خطئه اليسير ، فليس فى محاسبة الاخصائى عن مثل هذا الخطأ أى تشديد عليه زيادة عن غيره .

ولكن بالتأمل يتضح أن محكمة استئناف مصر قد أصابت فيما نهبت اليه . لأنه اذا كان كل من الطبيب العادى والاخصائى يسأل عن خطئه اليسير بدون فرق بينهما من حيث درجة الخطأ التى يسأل عنها ،

(*) منشور بمجلة القانون والاقتصاد من ٧ عدد ابريل سنة ١٩٣٧ من ٦٤٥ وما بعدها . انظر ما تقدم فى ص ٣٠٩ وما بعدها .
(١) انظر فى وجوب أن يكون خطأ الطبيب ثابتا على وجه التحقيق
رسالة Volsenet بباريس ١٩٣٤ من ١٢٦
وما بعدها .

فإن طريقة تقدير الخطأ تختلف بالنسبة لكل منهما ، اذ من المسلم به أن الخطأ يقاس بمقياس موضوعي لا شخصي ، وأن المقياس الموضوعي يقتضى مقارنة مسلك الفاعل بمسلك الرجل اليقظ اذا وجد في ظروف خارجية مماثلة لظروف الفاعل بصرف النظر عن العوامل الداخلية الخاصة بشخص الفاعل (السنهورى في النظرية العامة للالتزامات ج ١ ص ٩٥٤ نبذة ٨٥٠ ، مازو نبذة ٢٣٣ وما بعدها ، سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٤ و ص ٢٠٧ وباللغة الفرنسية ص ٨ و ص ٢٠٥) ، والمقصود بالظروف الخارجية الظروف الظاهرة للملا بحيث يعرفها الناس بغير حاجة الى معاملة الفاعل وفحص نيته ، لا كما يقول الأستاذان هنرى وليون مازو انها الظروف غير المتعلقة بشخصية الفاعل ومميزاته البدنية والأدبية (مازو نبذة ٤٦٠) ، فإذا طبقنا ذلك على الأطباء كان مقياس مسلك الطبيب العادى طبييا عاديا مثله ، ومقياس مسلك الاخصائى اخصائيا مثله ، لأن التخصص وان كان صفة تدل على زيادة العلم — وهو أمر باطن — الا أنها صفة خارجية من حيث انها ظاهرة للملا وتحمل الناس على زيادة الثقة بالطبيب الاخصائى ، فيجب أن يقيم لهذه الصفة وزن في تقدير خطأ الاخصائى ، فيقارن تصرفه بمسلك طبيب اخصائى مثله ، ويحاسب عن كل ما يعتبر من الاخصائى خطأ ولو يسيرا ، وان كان وقوعه من طبيب غير اخصائى لا يعتبر خطأ ، وهنا وجه التشدد في تقدير خطأ الاخصائى (※) .

(※) وقد قضت بذلك أيضا بعد أكثر من ثلاثين سنة محكمة جنح الازبكية رقم ١٠٥٤ / ١٩٦٧ جنح بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ (في قضية الدكتور يحيى الجمال التى تقدمت الاشارة اليها) ، فقالت بعد أن عرضت ما رآته خطأ في مسلك الطبيب التهم : « وبالاخص وأنه اخصائى في فنه يطالب ببذل عناية أكبر من التى يطالب بها الاطباء العموميون . فالمرضى لا يلجأ الى الاخصائى عادة الا بناء على نصيحة الطبيب المعالج الذى يقرر أن حالة المريض تستدعى عناية من شخص له دراية خاصة . فالأخصائى يجب أن يكون على المام تام بأصول فنه ويجب أن يتوخى غاية الحذر في أمور علاجه . وقد قضى أنه بالنسبة للأطباء الاخصائيين ، فانه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيرا ... » .

وقالت محكمة النقض في ذلك أن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبى لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهنى وجد في نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول (نقض مننى ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجنوعة =

= احكام النقض ٢٢ - ١٠٦١ - ١٧٩) ، وايضا ١٩٦٩/١/٢٠ مجموعة احكام النقض ٢٠ - ١٠٧٥ - ١٦٦ .

وقد اوضحت محكمة جنح الازبكية هذه التبعية المادية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/١/٢٦ في قضية الدكتور يحيى الجمال رقم ١٠٥٤ سنة ١٩٦٧ التى تقلمت الاشارة اليها وقالت في هذا الشأن :

وحيث ان الثابت من الاوراق ومن شهادة اطباء شركة مصر للبترول ان الطبيب المتهم الدكتور كانت الشركة المذكورة قد تعاقدت معه بصفتها اخصائيا في امراض العيون على ان يتولى توقيع الكشف الطبى على العاملين فيها واجراء ما يراه بشأنهم من علاج ، فالثابت ان المدعى بالحق المدنى قد احيل الى الدكتور الجمال بناء على امر من طبيب الشركة المقيم ، كما ان الدكتور الجمال قدم اوراقا تفيد وجود العلاقة التعاقدية بينه وبين شركة مصر للبترول وقدمت الشركة نفسها من بين اوراق الملف الطبى الخاص بالمدعى بالحق المدنى لديها ما يفيد ذلك .

وحيث انه متى كان ذلك فان الطبيب .. يعتبر في كل حالة تعرضها عليه الشركة تابعا لها حتى فيها يعتبر من صميم فنه ، اذ لا ضرر في ان تلحق صفة التبعية اشخاصا ينطوى عملهم على نواح فنية لا يلم بها المتبوع ، فتنحصر بذلك رقبته على مجرد التوجيه العام ، وهو وضع مسلم به بالنسبة الى قائد السيارة مثلا في علاقته مع رب العمل ، فلماذا يرغض في علاقة الطبيب بالشركة التى كلفته العمل ؟ الا ان الطبيب يشغل مركزا اجتماعيا خاصا ؟ ولكن متى كان المركز الاجتماعى او الادبى ذا تاثير في وجود رابطة التبعية او عدم وجودها . وقد قضت محكمة النقض بان وجود علاقة تبعية بين الطبيب وادارة المستشفى الذى عالج فيه المريض كاف لتحصيل المستثنى مسئولية خطأ الطبيب (اشارة الى حكم النقض المعلق عليه آنفا في ص ٣٣٧) .

وحيث انه لا يغير من هذا الوضع القانونى كون الطبيب المتهم لا يعمل بصفة دائمة لدى شركة مصر للبترول ، لان علاقة التبعية ، وان كانت تقوم في كثير من الحالات على عقد الخدمة ولكنها لا تقتضى حتما وجود ذلك العقد بل هى لا تقتضى ان يكون التابع مājورا من المتبوع على نحو دائم او ان يكون مājورا على الاطلاق ، فلا ضرورة اذن في قيام علاقة التبعية ان يكون هناك اجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لان يكون هناك عقد أصلا بين الاثنين وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ مدنى ما هو المقصود بعلاقة التبعية اذ نصت على ما ياتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه » . فعلاقة التبعية تقوم اذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التى تثبت للمتبوع على التابع ، فهى سلطة فعلية وليس من الضرورى ان تكون شرعية ، بل يكفى ان تكون فعلية . ومادام المتبوع يستطيع ان يستعمل تلك السلطة حتى لو لم يستعملها بالفعل فهذا كاف في قيام علاقة التبعية . ويجب ان تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه . وقد تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع وليس من الضرورى ان يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفعلية بل يكفى ان يكون من الناحية الادارية هو صاحب الرقابة والتوجيه » .

(ثانياً) — المسئوليات المفترضة

(أ) مسئولية الراعى :

- ١ — الاب .
- ٢ — المربي .
- ٣ — المدرسة .

(ب) مسئولية السيد عن فعل تابعه .

(ج) مسئولية حارس الاشياء .

(١) مسئولية الراعى المفترضة

١ — مسئولية الأب :

مسئولية الأب عن أعمال ولده وأساسها (*) : نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسئولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، وخصت بالذكر فى الفقرة الثانية مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه . وبناء على ذلك يسأل الأب فى القانون الفرنسى عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة .

أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب ، اكتفاء بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثالثة / ٢١٣ مدنى) . وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب الحرفة والمخدوم والسيد (وهم الذين ذكرتهم المادة ١٣٨٤ فرنسى) وغيرهم مسئولين بحكم القانون عن أعمال من هم تحت رعايتهم (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ و ص ٣٩٢ وباللغة الفرنسية ص ١٩ و ص ٤٠٩) .

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص مسئولية الأب بالذكر ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد جرت أغلبية المحاكم والشرائح على ضرورة توافر هذين الشرطين لقيام مسئولية الأب (أسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٢ - ٤٢٥ - ٢٢٢ ومقال

(*) منشور بمجلة القسانون والاقتصاد ص ١٣ عدد مارس وأبريل
مايو سنة ١٩٤٢ ص ٣٢٥ وما بعدها .

الأستاذ مجاهد فؤاد حسنى فى المخاماة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، ومصطفى
مرعى فى المسئولية المدنية ص ١٥٩ و ص ١٦١) فلم يجعلوا لـمسئولية
الأب محلا بعد أن يبلغ الولد سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة •
أما فيما يتعلق بما قبل هذه السن ، فقد اختلف الرأى ، فقال فريق بأن
الأب يكون مسئولا (١) ، وقال فريق آخر بك أن مسئوليته تنتهى بانتهاء
ولايته على نفس الصغير : أى متى بلغ الصغير سن الخامسة عشرة على
الأكثر (راجع كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٤ وباللغة
الفرنسية ص ٤١١) •

وقد أصدرت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢ مايو ١٩٤٠ (المخاماة
٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠) (٢) حكما أوضحت فيه شروط مسئولية الأب عن
أعمال ولده وحدود هذه المسئولية والأساس الذى تقوم عليه ، فقررت
أنه يجب لقيام هذه المسئولية

(١) أن يثبت مبدئيا حصول الخطأ من الابن وأن يكون هذا
الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين
خطأ الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه •

(٢) وأن يكون الولد تحت رعاية أبيه ، وتقوم هذه الرعاية بأمرين
أساسيين : أولهما أن يكون الولد منضمًا مع أبيه ، والثانى أن يكون
الولد قاصرا عن درجة البلوغ ، والمقصود بذلك بلوغ الرشد المالى المحددة
له سن الحادية والعشرين •

وظاهر أن الشرط الأول يتعلق بأساس مسئولية الأب ، وأن الشرط
الثانى يرسم حدود هذه المسئولية •

(١) استئناف مصر ١٩٣٣/٣/٧ المخاماة ١٤ ص ٣٥١ رقم ١٧٨ •
(٢) المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ (وفيه إشارة الى نقض ١٩ نوفمبر
١٩٣٤ المجموعة ٣٦ — ٥٣ — ٣ وتعليق) •

وقد رأينا أن نعرض لهذين المبدئين ، حتى نتبين الى أى حد يمكن التسليم بكل منهما •

فأما أساس مسئولية الأب عن أعمال ولده ، فهو افتراض خطئه في ملاحظة ولده ، إذ أنه من المسلم به أن المشرع قصد بالمواد ١٥١ فقرة ثانية / ١٣٨٤ / ٢١٣ أن يجعل الأب مسئولا ، دون حاجة بالمصاب الى اثبات خطئه ، وأنه اعتبر خطأ الأب مفروضا غرضا قابلا لاثبات العكس ، فأعفى المصاب بذلك من عبء اثبات خطأ الأب (٣) • ولكن هل أعفاه أيضا من عبء اثبات السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الفعل الضار ، أم انه ترك عليه هذا العبء طبقا للقواعد العامة ؟

إن بعض العبارات التي وردت في حكم محكمة الاستئناف قد توحى الى الذهن بادىء الأمر أن المحكمة تعتبر المصاب مطالبا باثبات رابطة السببية هذه ، في حين أن البعض الآخر من تلك العبارات يقرر صراحة بأن على الأب إثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث ، فأى الرايين أولى بالاتباع ؟

انا لو أمعنا النظر في الأمر وجدنا أن الخطأ المفروض خطأ لم يمكن تعيينه ولم تعرف حقيقته ، فكيف يمكن والحالة هذه اثبات السببية بينه وبين الفعل الضار ؟ انا إذا قلنا أن المشرع اشترط اثبات السببية ، أصبح المصاب ملزما بتعيين الخطأ الذى ينسبه الى الأب واثبات هذا الخطأ ، تمهيدا لاثبات السببية بينه وبين الضرر ، فكأننا ننسب الى المشرع أنه يسلب بيسراه ما منحه للمصاب من رعاية بيميناه • أما اذا اعتبرنا افتراض خطأ الأب أمرا مسلما ، ترتب على ذلك اعفاء المصاب من اثبات السببية أيضا ، بناء على قرينة قانونية ، وتكليف الأب بالدليل العكسى ان أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه • وهذا هو الرأى الذى يظهر أن المحكمة عولت

(٣) انظر عكس ذلك استئناف مخطط ٨ مارس ١٩٣٩ الفازيت ٢٩ —

عليه ، والذي يهمننا أن نبرزه من بين عباراتها (أنظر في هذا المعنى ما زو نبذة ٧٦٩ وكتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١١٨ وباللغة الفرنسية ص ١١٨) •

بقى مما يتعلق بأساس مسؤولية الأب أن محكمة الاستئناف اشترطت أن يثبت مبدئيا حصول الخطأ من الولد (أنظر في هذا المعنى أيضا مصطفى مرعى في المسؤولية المدنية نبذة ١٧١ وقارن السنهاورى بك في الموجز ص ٣٥٦) • فهل معنى ذلك أنه إذا كان الولد صغيرا غير مميز ، لا يعرف الخير من الشر ، ولا يمكن أن ينسب اليه خطأ ، أن يعفى أبوه من المسؤولية عن أعماله ؟ كلا ، بل ان العقل يقضى بأن واجب الأب في ملاحظة ولده يزداد كلما قل نصيب الولد من التمييز ، ويخف كلما اقترب الولد من دور النضوج التام • فلابد من التسليم بمسؤولية الأب عن أعمال ولده الضارة ، ولو كانت تلك الأعمال صادرة عن غير تمييز ، ولا يمكن وصفها في حقه بلهنا خطأ • ولكن هل نذهب الى حد القول بأن الأب يسأل عن كل أعمال ولده الضارة بصرف النظر عن كونها خطأ أو غير خطأ ، فنجعله مسؤولا حتى عن الضرر الذى تسبب فيه الولد بعمل من الأعمال المشروعة التى ما كانت تستوجب مسؤولية الأب مسؤولية شخصية لو أنه هو الذى ارتكب هذا العمل بنفسه ، كلا أيضا ، لأننا لا نستطيع أن نلوم الأب لمجرد كونه لم يمنع ولده من القيام بعمل مشروع ، حتى لو نشأ عن هذا العمل ضرر بالغير •

يتضح من ذلك أنه لا الأخذ في هذا الشأن برأى محكمة الاستئناف على إطلاقه ، ولا القول بالرأى العكسى على إطلاقه يحقق العدالة أو يستقيم مع المنطق القانونى • ولا بد إذن من حل وسط يجعل الأب مسؤولا عن أعمال ولده الضارة ولو كان الولد غير مميز ، ولكنه لا يجعله مسؤولا عن كل تلك الأعمال ، بل يقصر مسؤوليته على ما كان منها غير مشروع في ذاته وما كان يجب على الأب منع وقوعه •

ونستطيع أن نحقق ذلك بمجاعة محكمة الاستئناف في اشتراط

وقوع خطأ من الولد لقيام مسؤولية الأب ، ولكن على أن يكون تقدير هذا الخطأ بمعيار موضوعي أى بصرف النظر عن تمييز القاصر أو عدم تمييزه ، لأن الغرض من هذا التقدير ليس ادانة الولد أو عدم ادانته ، وانما معرفة ما اذا كان الأب مقصرا أو غير مقصر في عدم منع وقوع ذلك الفعل من الولد . ولأن الرأي الراجح أن عدم التمييز ان كان يحول دون مسؤولية عديم التمييز نفسه عن أعماله الضارة بالغير ، فإنه لا يعفى الوالدين من مسؤوليتهم عن أعمال أبنائهم غير المميزين (راجع كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٤ وباللغة الفرنسية ص ٤١٢) ، وأنظر أيضا كولان وكابيتان الطبعة السابعة ج ٢ ص ١٩٤ ، مازو نبذة ٧٦٣ الى ٧٧٠ ، بيرسون ودي غيليه ج ١ ص ١٨٠) .

• وأما عن حدود مسؤولية الأب عن أعمال ولده ، فقد قيدتها المحكمة بوجود المولد تحت رعاية أبيه ، وهذا يتفق مع نص المادة ١٥١ فقرة ثانية . ولكنها لم تكتف بذلك ، بل حددت ما تقوم به رعاية الأب على ولده بأمرين أساسيين : (١) أن يكون الولد منضمًا مع أبيه (٢) وأن يكون قاصرا عن درجة البلوغ . ثم عرضت للخلاف في شأن درجة بلوغ الولد التي تنتهي بها مسؤولية الأب ، فرجحت الرأي القائل بمسؤولية الوالد حتى يبلغ الولد سن الرشد المالى وهى احدى وعشرون سنة ميلادية . (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣) .

• ونحن لا يسعنا أن نسلم بهذا الرأي ، بل سبق لنا أن ذهبنا في ذلك مذهبنا آخر في تعليق لنا انتقدنا به حكما لمحكمة الواسطى الجزئية بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٣٩ قضى بأن مسؤولية الأب عن أعمال ولده تنتهى ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر (راجع تعليقاتنا على الأحكام في السنة السابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٨٨٣ الى ص ٨٩٢ وما سيخىء في ص ٣٥١) . ويهنا الآن أن نناقش الأسباب التي استندت إليها محكمة الاستئناف فيما قررتها أخيرا ، ولكننا نرى من المفيد قبل ذلك أن نشير الى حكم القانون الفرنسى في هذا الشأن .

جعلت المادة ١٣٨٤ فرنسي مناسط المسئولية الرعاية ، واشترطت لتوافر رعاية الأب على ولده أن يكون الولد مقيما مع أبيه وقاصرا أى لم يجاوز الحادية والعشرين من عمره . ويعتبر توافر هذين الشرطين ضروريا لقيام واجب الرعاية ، أى أن رعاية الأب على ولده لا تتوافر بغير هذين الشرطين ، فلا يحسب تحت رعاية أبيه الولد البالغ ولا الولد غير المقيم مع أبيه . ولكن ليس معنى ذلك أنه كلما توافر هذان الشرطان توافرت الرعاية ، بل يجوز أن يكون الولد قاصرا ومقيما مع أبيه ولكنه فى رعاية شخص آخر غير أبيه كمرب أو معلم حرفه أو الخ (٤) ، وبعبارة أخرى يمكن أن نقول أن توافر هذين الشرطين لا يعدو أن يكون أساسا لقريئة قانونية على قيام حالة الرعاية ، ولكنها قريئة بسيطة تقبل الدليل العكسى .

أما المادة ١٥١ فقرة ثانية مصرى فقد اكتفت بجعل الرعاية مناسط المسئولية ، ولم تذكر شروطا ولا وقائع كالإقامة المشتركة أو السن تعتبر أساسا لقريئة قانونية على توافر الرعاية ، فيستفاد من ذلك أنها تركت تقدير توافر الرعاية للقاضى يستنبطه من وقائع الدعوى طبقا لقواعد الإثبات العادية ، ولا بأس على القاضى من الأخذ فى هذا الاستنباط بقرائن الحال دون القرائن القانونية لأن القرائن القانونية لا توجد بغير نص (راجع تعليقاتنا السابق الاشارة إليها) .

ولكن محكمة الاستئناف تقرر عكس ذلك فى أسباب حكمها حيث تقول « انه قد اتفق الفقه والقضاء فى مصر على أن هذه الرعاية تكون قائمة اذا كان الابن منضما مع والده واذا كان هذا الابن قاصرا . عن درجة البلوغ — وهذان الأمران ولو أنهما لم ينص عليهما نصا صريحا فى القانون الا أنهما مستفادان حتما من كلمة « رعاية » ، لأنه لا يعقل

(٤) فى أثناء وجود الولد فى المدرسة يكون تحت رعايتها وتسال عنه هى ولا يسال عنه أبوه (نقض جنائى ١٩٣٤/١١/١٩ المحللة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ المجموعة ٣٦ — ٥٣ — ٣ وتعليق) .

أن يسأل الأب عن خطأ ابنه الذي يقيم في غير كتفه لسبب جائز مشروع أو يكون بالغا لأن الرعاية لا تكون الا على قاصر ، اذ أن البالغ مسؤول عن عمله ولا حاجة الى اشراك غيره معه ، ولأنه ان صح أن يلزم الآباء ومن في حكمهم بتعهد أبنائهم ومراقبتهم وهم صغار ، فان هذا الالتزام لا يكون له مبرر اذا بلغ الأولاد رشدهم » .

ولنا على هذه الحيثية ملاحظتان :

أولاً — أن الحكم قد نسب الى الفقه والقضاء في مصر أنهما اتفقا على أن هذه الرعاية تكون قائمة اذا كان الابن منضما مع والده واذا كان هذا الابن قاصرا ، مما يشعر بأن قيام حالة الرعاية نتيجة حتمية لتوافر هذين الشرطين ، وهذا ما لم يقل به أحد ولا حتى شراح القانون الفرنسي (انظر مازو نبذة ٧٥٥ ومصطفى مرعي نبذة ١٦٥) ، بل ان الأستاذ السنهوري بك يصرح بعكس ذلك حيث يقول : ان الولد قد يكون مقيما مع أبيه في مسكن واحد ولكنه مستقل عنه ، وليس للأب اشراف على تربيته ، فلا يكون مسئولا عنه (الموجز في الالتزامات نبذة ٣٤٧ ، وأنظر بور سعيد الجزئية المختلطة ١٥ يونيه ١٩٢٩ الغازيت ٢٠ — ١٩١ — ١٧٧) ، وكذلك فان أولادا كثيرين يتم نضوجهم في سن مبكرة قبل البلوغ ويستقلون بطرق عيشهم ويصبح لهم رأى صائب حتى لا يبعد أن يجد من هم أكبر منهم سنا فائدة في استشارتهم ، ولا يمكن القول بأن أمثال هؤلاء الأولاد يعتبرون تحت رعاية آبائهم لجرد أنهم لم يبلغوا سن الرشد المالى ، حتى لو كانوا مقيمين مع آبائهم (راجع تعليقاتنا السابق الاشارة اليها) .

ثانيا — أن الحكم اعتبر أن هذين الشرطين ولو أنهما لم ينص عليهما نصا صريحا في القوانين الا أنهما مستفادان حتما من كلمة « رعاية » ، وذلك على ذلك بأنه لا يعقل أن يسأل الأب عن خطأ ابنه الذي يقيم في غير كتفه لسبب جائز مشروع ولا عن خطأ ابنه البالغ لأن الرعاية لا تكون الا على قاصر . ونحن نرى أن الرعاية التي جعلها المشرع مناط

المسئولية لا تقتضى حتما أن يكون الولد مقيما مع أبيه ولا أن يكون قاصرا ، وانما المقصود بالرعاية ألا يكون الولد مستقلا في أعماله ، بل أن يكون خاضعا فيها لرقابة أبيه وتوجيهه . وهذا الخضوع وعدم الاستقلال ليسا منوطين بسن معينة ولا باقامة مشتركة .

فإذا اتخذ الأب لابنه مسكنا خاصا في المدينة التي يتلقى فيها علومه ، وجعل يواظب على الحضور من الريف الى المدينة للملاحظة ابنه واستمرار توجيهه فان الولد يكون تحت رعاية أبيه ولو أنه لا يقيم معه . ومن ذلك يظهر أن الإقامة في مسكن واحد ليست شرطا لمسئولية الأب في القانون المصرى (السنهورى في الموجز في الالتزامات نبذة ٣٤٧) ، ولا يمكن القول بأن اشتراطها يستفاد حتما من كلمة « رعاية » .

وكذلك اذا بلغ الولد وكان مجنونا أو معتوها فانه يكون بالرغم من بلوغه في رعاية أبيه ، وتتسع عبارة القانون المصرى لاعتبار الأب مسئولا عنه في هذه الحالة (أنظر في هذا المعنى نقض مصرى مدنى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ ، والسنهورى في الموجز في الالتزامات نبذة ٣٤٧ ، ومصطفى مرعى نبذة ١٦٣ ، وعكس ذلك في نبذة ١٦٨) . بل ان من الأولاد من يبلغ عاقلا وهو لا يزال في دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعا لنفوذهم وواقعا تحت رعايتهم ، بل ان البنات في مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن ، فمتى توافرت الرعاية وجب على ذويهن وأزواجهن أن يتحملوا مسئولية أعمالهن الضارة بالغير (هـ) (أنظر في هذا

(هـ) يلاحظ أن المحاكم الفرنسية لتقيدها بنص المادة ١٣٨٤ الذى ذكر هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر واشترط قصر الابن في مسئولية الاب لم تستطع أن تجعل الزوج مسئولا عن زوجته ولا الاب مسئولا عن ابنه البالغ الا بالاتجاه الى التوسع في مسئولية السيد عن فعل تابعه . انظر Bichot في رسالته :

L'autonomie de la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses, p. 143.

المعنى مصطفى مرعى نبذة ١٦٢ ونبذة ١٧٠ ، واستئناف مختلط ٢٤
ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨ سيري ١٩٢٧ — ٤ — ٧٨) •

يتضح من هاتين الملاحظتين أن حالة الرعاية التي جعلها القانون
المصرى مناط مسؤولية الأب عن أعمال واده ومسئولية كل من كان غيره
تحت رعايته ليست مرتبطة بعدم بلوغ الولد ولا باقامته مع أبيه ، لا من
حيث انها تقتضي حتما توافر هذين الشرطين ، ولا من حيث انها تترتب
حتما على توافرها • وانما هي حالة قانونية يجب أن يكون أمر توافرها
متروكا لتقدير المحكمة ، تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة ،
فيدخل في هذا التقدير سن الولد وطريقة عيشه ومقدار استقلاله في الرأي
ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ • ويعتبر تقديرها لتوافر الرعاية
أو عدمها مسألة قانونية خاضعة لرقاية محكمة النقض ، لأنها شرط لتطبيق
نوع خاص من المسؤولية •

واذن لا يكون ثمة محل في تقرير مسؤولية الأب للبحث في اقامة
الولد مع أبيه أو عدمها ، ولا في بلوغ الولد أو عدم بلوغه ، ولا في
السن التي يعتبر بها البلوغ في هذا الشأن ، أهى سن الرشد المالى أم
سن زوال الولاية على النفس ، باعتبار هذه الظروف شروطا لقيام مسؤولية

= وهو يقول في ص ١٢٢ :

Il résulte que la condition d'habitation n'est exigée que dans
la mesure où elle constitue une preuve parfaite de l'exercice du
droit de surveillance quand il est prouvé, qu ce droit était ou pou-
vait être exercé par les parents ; la condition d'habitation de vient
secondaire si le père pouvait surveiller le fils dans une profession,
il est responsable des délits de ces demirs... Il ne semble pas
d'outeux que les tribunaux n'attachent plus qu'une importance
secondaire à la condition quel'enfant habite avec ses parents.

الأب ، أو عناصر تترتب عليها حتما هذه المسؤولية ، بل ان هذه الظروف لا شعدو أن تكون من العناصر الواقعية التي تدخل في تقدير الحكمة لقيام حالة الرعاية أو عدم قيامها •

وكانى بمحكمة الاستئناف قد شعرت بهذا ، ولو أنها صرحت بعكسه ، لأنها عندما بحثت في وقائع الدعوى عن شرط الإقامة المشتركة استدلت على هذا الشرط من « أن المتهم كان يلتجئ لأبيه ويستشير في أمر زواجه ولم يستمر في مشروعه الا لما رضى أبوه عنه ، ويؤخذ من هذا مقدار اعتماد المتهم على أبيه وعدم استقلاله عنه » • ولأنها عندما بحثت عن شرط القصر استعرضت الخلاف القائم في شأن سن الولد التي تنتهى عندها مسؤولية الأب ، ورفضت التسليم بالرأى القائل بأن مسؤولية الأب تنتهى بزوال ولايته على نفس الصغير بأن قالت « ان الانسان الذى يبلغ من العمر ١٥ سنة ويوما واجدا مثلا يكون طبقا لهذه النظرية خارجا عن ملاحظة أبيه وبالتالي لا يكون أبوه مسئولا عن أخطائه مع انه يكون في هذه السن غالبا في دور التعليم قليل التجربة في حاجة الى المراقبة والارشاد » ، ثم بعد أن رجحت الرأى القائل بأن سن البلوغ التى تنتهى فيها مسؤولية الأب هى ٢١ سنة ميلادية قالت : « على أن هذا الشرط ليس هو الوحيد الذى تترتب عليه مسؤولية الأب عن أعمال ابنه الصغير ، فان هناك شرطا مهما آخر يجب توفره ، وهو قيام حالة الحفظ والرعاية التى نص عليها القانون • ولذلك يرى خلط كبير في القول بأنه كيف يتفق أن يكون سن الرشد الذى يقصدها القانون هى ٢١ سنة بينما أن الشخص يكون قد تخرج من دور التعليم الراقى واشتغل بعمل حر مستقل أو دخل وظائف الحكومة التى لا تمنع لوائحها من الاستخدام قبل بلوغ هذه السن ... وهذا الخلط ناشئ من اغفال الشرط الجوهرى الآخر وهو قيام حالة الحفظ والرعاية ، فانه قد يكون الانسان لم يصل الى احدى وعشرين سنة ومع ذلك يكون أبوه غير مسئول عنه حتى ولو كان مقيما معه في منزل واحد ، وذلك اذا كان الابن قد اشتغل بعمل وشيق لنفسه طريفا في الحياة ، كأن أصبح محاميا أو طبيا أو موظفا مسئولا

أو مستأجرا لأطيان يديرها بنفسه دون تدخل من أبيه. أو نحو ذلك ،
وحتى إذا لم يكن الصغير قد بلغ سن التمييز الشرعى يصح أن تنتهى
مسئولية أبيه إذا كانت حالة الحفظ قد زالت بسبب جائز مشروع كأن
يكون قد ألحق بمعهد من معاهد العلم حيث ينتقل واجب الرعاية الى
المشرفين على ذلك المعهد الذى يقيم فيه » .

يبين من هذه الأسباب أن محكمة الاستئناف نفسها لا تعول على
الإقامة المشتركة ولا على السن فى ذاتهما ، وإنما تعول فقط على خضوع
الولد للملاحظة أبية وعدم استقلاله عنه ، وهذا هو قوام حالة الرعاية التى
جعلها المشرع مناط المسؤولية . وفى هذا يتفق رأيها مع رأينا كل الاتفاق .
ولكننا نختلف معها فى أنها ترى أن سن الحادية والعشرين هو الحد الأقصى
الذى تنتهى ببلوغ الولد اياه مسؤولية أبيه عنه ، مهما كانت ظروف معيشة
الولد ودرجة خضوعه لأبيه وحاجته الى رعايته ، بينما نرى نحن أن
لا محل لتحديد هذا الحد الأقصى لأنه لا يستند الى نص فى القانون ، ولأننا
مادمننا نسلم بزوال الرعاية على القاصر الذى يستقل عن أبيه مبكرا ،
فلا مانع من التسليم باستمرار الرعاية على البالغ الذى يظل بعد بلوغه
عائشا فى كف أبيه ، معتمدا عليه خاضعا لنفوذه (٦) .

(٦) يرى الاستاذ المسنهورى بك قياس الجنون والمعتوه على القاصر
نبذة ٣٤٧ وكذلك عبد السلام ذهنى فى الالتزامات نبذة ٨٣١ .
وانظر استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٣٩ الغازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣
وقد جاء فيه :

«Par le développement même de l'enfant la surveillance
change nécessairement dénature, et on ne saurait exiger d'un père
de suivre ou faire accompagner continuellement un jeune homme
de presque 18 ans, pour veiller afin qu'il n'entre prenne point
d'actions répréhensibles ou dommageables aux tiers».

وقد تنبه واضعو مشروع تنقيح القانون المدنى الى هذه الملاحظات التى
ايدجئناها ، واحتاطوا لها كلها وأحكموا النص عليها فى المادة ٢٤١ من المشروع ،
ونكتفى بإيراد نصها مجردا من كل تعليق : « المادة ٢٤١ : كل من يجب عليه ، =

٢ - مسئولية الأب عن أعمال ولده ومقدار ارتباطها بسن الولد (*) :

حكمت محكمة الواسطى الجزئية بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٣٦ بأن
مسئولية الأب عن أعمال ولده تنتهى ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة
على الأكثر (المحاماة ١٧ - ٧٨٣ - ٣٨٥ ، وفى هذا المعنى أيضا
الاسكندرية الكلية ١١ يوليه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٢ - ٤٢٠ - ٢١٩ ،
والسيدة زينب الجزئية ١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد
١٤ ص ١١) ، وحكمها بذلك مخالف لبعض أحكام المحاكم المصرية السابقة
(ديروط الجزئية ٥ يناير ١٩٣٠ الجريدة القضائية العدد ٦٠ ص ٢٨ ،
استئناف مصر ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٩٩٠ - ٤٩٤ ، ٨ نوفمبر
١٩٢٣ المحاماة ٤ - ٤٢٥ ، ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٣٥١ - ١٧٨) ،
ولا يتفق مع ما ذهب اليه شراح القانون المصرى من أن مسؤولية الأب
تتبعه حتى يبلغ ولده سن الرشد المالى وهى وفقا للتشريع الحالى احدى
وعشرون سنة (ذهنى بك نبذة ٨٣١ ، دى هلتس نبذة ٨٧ ، مصطفى
مرعى ص ١٦٤) .

وانى أرى حكم محكمة الواسطى أقرب الى الصواب ، ولكن لى

= قانونا او اتفاقا ، رقابة شخص فى حياجة الى الرقابة بسبب قصره او
بسبب حالته انفعالية لى الحسية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك
الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائما حتى لو كان
من وقع منه العمل الضار شخصا غير مميز . ويستطيع المكلف بالرقابة ان
يخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة ، او اثبت ان الضرر
كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .
انظر فى هذا الموضوع وفى حكم التقنين الجديد مؤلفنا فى مسؤولية الراعى
المفترضة من نعل المرعى سنة ١٩٦٨ .

(*) منشور بجلة القانون والاقتصاد س ٧ عدد مايو ١٩٣٧ ص
٨٨٣ وما بعدها .

عليه ملاحظات مهمة ، أفضل أن أهد لها ببحث الموضوع على ضوء القانون الفرنسى •

فى القانون الفرنسى — نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسئولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، وخصصت الفقرة الثانية من المادة بالنص على مسئولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه ، وبناء على ذلك يسأل الأب عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة • وقد اعتبر الشراح هذه المسئولية المفترضة نتيجة لما للأب من ولاية على أولاده •

ولأن المادة ٣٧٢ مدنى فرنسى نصت على أن هذه الولاية تبقى للأب حتى بلوغ الولد سن الرشد أو اطلاق التصرف له *émancipation* وأزاء صراحة نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية ، اعتبروا الأب مسئولاً وفقاً لهذه المادة الأخيرة بإدام ولده قاصراً ولم يطلق تصرفه ، وأجمعوا على انقضاء مسئوليته هذه ببلوغ الولد سن الرشد أو باطلاق التصرف له متى كان هذا الاطلاق حاصلًا بحكم القانون بسبب عقد زواج القاصر (جوسران ج ٢ نبذة ٤٩٥ ، مازو نبذة ٧٥٥ ، بيرسون ودى غيليه ص ١٨٤ نبذة ٧٨) ، ولكنهم اختلفوا فى مسئوليته عن ولده الذى أطلق له التصرف باختياره ، فجعل بعضهم الأب مسئولاً فى هذه الحالة بناء على عموم نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية التى لم تفرق بين القاصر المطلق له التصرف وغيره ، وعلى أن اضرار الولد بغيره يستفاد منه أن الوالد كان مخطئاً فى اطلاق التصرف له (بلانيول وريبير ج ٢ نبذة ٩١٠ ، بلانيول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٦٢٩ ، ديموج ج ٥ نبذة ٨٣٥ ، سوردا نبذة ٨٢٧ ، لارومبيير ج ٧ نبذة ٥٩٨ ، بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩٠٢ ، اوبرى ورو الطبعة الخامسة ج ٦ نبذة ٤٤٧ ص ٣٧٦ ، بيرسون ودى غيليه نبذة ٧٨) • وذهب فريق آخر الى إنكار مسئولية الأب فى هذه الحالة مسئولية مفترضة ، بناء على انقضاء ولايته على ولده ، لأن هذه

المسئولية المفترضة وولاية الأب تدوران معا وجودا وعدما (مازو نبذة ٧٥٥ ، لوران جزء ٢٠ نبذة ٥٥٨ ، كولان وكابيتان جزء ٢ الطبعة الثامنة من ١٩٤ ، اسبيناس Espinasse ، في رسالته عن مسئولية الوالدين عن أعمال أولادهم ، تولوز ١٩٢٨ من ٣٩ وما بعدها) ، والرأى الأخير يبدو أنه أقرب الى العقل والحق ، ولا يؤخذ عليه إلا أنه قد يمهّد السبيل للاب للتخلص من مسئوليته المفترضة باطلاق التصرف لولده القاصر ، فيبطل بذلك حكم المادة ١٣٨٤ فقرة ثانية . ولكن بالتأمل يتضح أن الأب اذا فعل ذلك فلا يكون من الصعب اثبات خطئه في هذا التصرف واعتباره مسئولا وفقا للمادة ١٣٨٣ مدنى .

على أن القول بأن مسئولية الأب ملازمة لولايته على ولده يبدو عند امعان النظر فيه أنه يعوزه قليل من الدقة ، ذلك أنه وان كان الغالب تواغر التلازم بينهما ، إلا أنه كثيرا ما يحدث عند قيام الخلاف بين الوالدين أن تبقى للأب ولاية الصغير مع تسليم الولد لوالدته وبقائه قانونا في حفظها وتحت رعايتها . فيجوز للأب الاشراف على تعليم ولده وتربيته وتزوجه ، ولكن ذلك لا يكفي لتحمله المسئولية المنصوص عنها في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٤ ، بل تقع هذه المسئولية على عاتق الأم في هذه الحالة لأنها هى المكلفة رعاية الولد والتي في وسعها منعه من الأضرار بغيره (مازو نبذة ٧٣٨) ، ولكن ليس معنى ذلك أن المسئولية تنتقل الى الأم بمجرد اقامة الولد معها فعلا ، لأن الممول عليه في ذلك هو واجب الرعاية l'obligation de garde الناشئ عن حق الولاية على الصغير ، وهو الواجب القانوني الذي يعتبر أساسا للمسئولية المقررة بالمادة ١٣٨٤ فقرة ثانية ، فلا عبءة بواقعة اقامة الولد مع أمه ، اذا كان الأب مازال هو المكلف رعايته قانونا ، ولم يطرأ عليه ما يسقط عنه هذا الواجب القانوني (لالو الطبعة الأولى نبذة ٤٦٥ ، و ٤٦٦ ، كابيتان جزء ٢ الطبعة الثامنة من ١٩٥ ، مازو نبذة ٧٣٩) (٧) .

في القانون المصري — أما القانون المصري ، فلم ينص بنوع خاص على مسئولية الأب اكتفاء بالنص العام الذي يلزم المراء بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) • وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربي ورب الحرفة والمخدوم والسيد مسئولين بحكم القانون عن اهمال من هم تحت رعايتهم • (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ و ص ٣٩٢ وما بعدهما وباللغة الفرنسية ص ١٩) •

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص مسئولية الأب بالذكر ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد حكم بضرورة توافر هذين الشرطين لقيام مسئولية الأب ، (انظر في هذا المعنى حكم أسيوط ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٢ - ٤٢٥ - ٢٢٢ ، ومقال الأستاذ محمد فؤاد حسنى بك في مسئولية الآباء والأمهات والقامة ولأوصياء عن أعمال الصبي أو المحجور عليه المحاماة ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، مصطفى مرعى في المسئولية المدنية ص ١٥٩ و ص ١٦١) • ومؤدى ذلك ألا يسأل الأب عن أعمال ابنه الكبير أى البالغ من العمر ٢١ سنة أو غير المقيم معه •

ولكن أيستفاد من ذلك قيام مسئولية الأب لمجرد كون الولد قاصرا لم يتجاوز الحادية والعشرين من عمره ومقيما مع أبيه ، ولو كان موظفا

«La responsabilité étant liée à l'exercice de la puissance paternelle, et plus précisément au droit de garde que confère cette puissance, tant que ce droit appartient au père, la mère ne peut être poursuivie sur le terrain de l'art 1384, quand bien même, en fait, elle se chargerait de la garde».

وقضت محكمة استئناف مصر بأن أم القاصر مسئولة عن تعويض الضرر الحاصل من فعل ابنها ولو لم تكن وصية عليه (استئناف ١٩١٠/٢/٧ المجموعة سنة ١٩١٠ ص ٣٣٢) •

مثلا ، أو مشتغلا بعمل يجعل له استقلالاً في الرأي ؟ نحن لا نستطيع التسليم بذلك ، بل ان بعض شراح القانون الفرنسي أنفسهم يأبون الأخذ به . وهذا ما حدا محكمة الواسطى الجزئية وغيرها من المحاكم الى التفكير في تخفيض السن التي تنتهى مسئولية الأب ببلوغ الولد اياها الى حد السن التي تنقضى بها الولاية على نفس الصغير ، سواء أكان ذلك من وقت ظهور علامات البلوغ الطبيعى أم ببلوغه سن الخامسة عشرة .

وقد بنت محكمة الواسطى حكمها على الأسباب الآتية :

١ — ان أساس الفكرة التي حدث المشرع الى وضع النص القاضى بمسئولية الأب عن أعمال من هم تحت رعايته هو ما اتفق عليه من أن للأب على الابن ولاية التأديب ، فالولى على النفس يتولى القيام بتربية الصغير وتهذيبه ، فان أهمل فاهماله في الواجب المفروض عليه يعتبر في ذاته تقصيرا ، فيسأل عن أعمال من هم تحت كنفه ورعايته ، وقد افترض المشرع حصول التقصير في الرقابة من جانب من تجب عليهم رعاية الصغير مادام الأخير قد أتى فعلا نشأ عنه ضرر للغير .

٢ — من مستلزمات واجب الرعاية اقامة الصغير مع وليه ، ومن المسلم به وقوع المسئولية على من يكون الصغير تحت رعايته وقت ارتكابه الفعل الضار ان كان الصغير تحت رعاية آخر غير وليه .

٣ — ان مسئولية الأب تنتهى مع سلطته على ولده ببلوغ القاصر سن الرشد ، وليس المقصود بذلك سن الرشد المسالى ، لأن الحكمة في مسئولية الأب هي الاشراف على نفس الصغير لا على ماله (٨) ، وقد

(٨) وقالت محكمة البنية زينب في ذلك ان رقابة الاب على أعمال ولده هي بلا شك مظهر من مظاهر ولايته على نفس الصغير ونتيجة من نتائج تلك الولاية (١٤ يناير ١٩٢٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ ص ١١) =

توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير ، لأن ولاية الرجال على الصغار تزول بالبلوغ ، فإذا بلغ الابن رشيدا سواء أكان يقيم مع والده أم بمفرده فوالده غير مسئول عن تعويض الغير لما يحصل من الابن ، اذ الولاية تنتهى متى بلغ القاصر سن الرشد بقوة القانون ، غمتى بلغ رشيدا فلا محل لمسئولية الأب ، هذا وسن زوال الولاية على النفس هى ببلوغ القاصر خمس عشرة سنة .

٤ — متى بلغ القاصر سن خمسة عشرة سنة يكون هو وليا شرعيا على أولاده الذين يولدون له بعد ذلك ، فمن غير المعقول أن يقال انه وهو ولي على نفس غيره مولى لغيره .

٥ — ان القانون فى مواضع عدة راعى أن سلطة الوالد على ابنه لا تتجاوز سن الخامسة عشرة سنة (المادة ٦١ و ٦٢ عقوبات والمادة الأولى أحداث ومتشردين) (٩) ، وهذا يؤيد الرأى القائل بأنه مادامت سلطة الولي على الصغير تزول بعد بلوغ هذه السن فمن غير المعقول أن ينسب للوالد الاهمال فى عدم الرعاية والمراقبة مادام القانون فى مواضع عدة لا يجعله مسئولا عن تربيته واصلاح أمره بعد سن الخامسة عشرة ،

أما المحاكم التى تمسكت بسن الرشد المالى وجعلت الأب مسئولا عن أعمال ولده حتى بلوغ الأخير سن الحادية والعشرين ، فقد سايرت فى ذلك حكم القانون الفرنسى ، ولم تحاول تبريره فى القانون المصرى ، بل اكتفت بتقريره معتبرة اياه من الحقائق الأولية المسلم بها .

== وتالت محكمة دكرنس ان هذه الرقابة هى اقرب ما يكون لنوع من الولاية على النفس وهذه متشعبة فى ألوانها ومختلفة فى نواحيها بحسب حالة الشخص الخاضع لها (دكرنس الجزئية ٢١ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤) .

(٩) واستندت محكمة السيدة زينب ومحكمة الاسكندرية الى ان القانون جعل الصغير مسئولا جنائيا عن أعماله منذ سن الخامسة عشرة .

وعندى أن مذهب هذه الأحكام الأخيرة لا يمكن الأخذ به على علته
في القانون المصرى مع اختلاف النص عندنا عن النص الفرنسى •

فإن القانون المصرى لم ينص على مسئولية الأب بنوع خاص ،
وبالتالى لم يشترط في هذه المسئولية كون الولد قاصرا ومقيما مع أبيه ،
بل رتبها على كون الولد تحت رعاية أبيه ، كما رتب مسئولية كل امرئ
عن أعمال من هم تحت رعايته *des personnes que l'on a sous sa garde* وليس عموم هذا النص المصرى داعيا لتطبيق النصوص الفرنسية المفصلة
باعتبار أن المشرع المصرى إنما أراد اختصار هذه النصوص دون الإبتعاد
عن مضمونها — كما ذهبت الى ذلك بعض الأحكام ، إذ الواقع أن المشرع
المصرى فرق بين نوعين من المسئولية المنصوص عنها في المادة ١٣٨٤ مدنى
فرنسى ، فأفرد نصا خاصا لمسئولية السيد عن أعمال تابعه (المادة ١٥٢ /
٢١٤) لما لهذه المسئولية من صفة استثنائية تجعل السيد مسئولا فعلا
عن أعمال غيره بدون خطأ ثابت أو مفترض من جانبه ، ورأى في أحوال
المسئولية الأخرى قاعدة عامة هى افتراض التقصير في كل امرئ في
ملاحظة ومراقبة من هم تحت رعايته ، مما يجعل الانسان مسئولا فعلا
عن تقصيره الشخصى في ملاحظة غيره ، لا مسئولا عن عمل غيره بدون
خطأ من جانبه كما في الحالة الأولى ، فنص المشرع المصرى على هذه
القاعدة الأخيرة ولم ير أن يجعل لها صفة استثنائية بالنص على أشخاص
معينين على سبيل الحصر وبيان شروط مسئوليتهم ، بل اكتفى بتقرير مبدأ
عام وجعل أساس مسئولية الانسان عن أعمال الغير كون ذلك الغير تحت
رعايته ، ولم يحدد هذه الرعاية بسن أو اقامة أو غير ذلك • فلا مبرر
للرجوع عندنا الى القانون الفرنسى وتطبيق نصوصه التى عدل المشرع
المصرى عن نفلها •

أما الرأى الذى ذهبت اليه محكمة الواسطى والمحاكم الأخرى التى
نهجت نهجها ، فلا يخلو من نزعة استقلالية ومن نظر خاص الى أحكام
القانون المصرى ، بالتفريق بين الولاية على المال والولاية على النفس

التي تنتهى عندنا قبل الأولى بخلاف الحال في القانون الفرنسى ، ولكنه مع ذلك بقى واقعا تحت تأثير القانون الفرنسى من حيث تمسكه بخلف قصر الولد ورغبته في تعيين سن تنتهى عندها مسئولية الأب ، مع خلو القانون المصرى من أى نص على ذلك •

وعندى أن أساس مسئولية الأب رعايته لولده ، كما أن مسئولية المربي أساسها رعايته لتلميذه ، ومسئولية رب الحرفة أساسها رعايته لصبيه ، بقطع النظر عن سن الولد أو التلميذ وعن تمييزه وعدم تمييزه أو رشده وعدم رشده ، فمضى كان الشخص تحت رعاية غيره أصبح ذلك الغير مسئولا عنه • وهذه الرعاية تخول أحد الطرفين حق توجيه الآخر ورقابته وتوجب على الطرف الآخر اطاعة الأول والعمل بمشورته وأوامره ، وهى وإن كانت قريبة الشبه بالولاية على النفس ، إلا أنها ليست هى ولاية النفس بعينها ، ولا مظهرا من مظاهرها ، أو نتيجة من نتائجها ، فلهذا رأينا الشراح الفرنسيين أنفسهم يعولون في حالة النزاع بين الأبوين على الرعاية la garde دون الولاية على النفس •

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة (٥ فبراير ١٩١٩ — ٣٣ من ١٥٠) ، ثم أن نص القانون الفرنسى نفسه في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ صريح في أن أساس هذه المسئولية الرعاية لا الولاية على النفس ، فإن المربي ورب الحرفة مثالا لكل منهما رعاية الولد وليس لأحدهما ولاية على نفسه ، ومع ذلك فهما يسألان عن أعماله كما يسأل عنه أبوه ، ومما يؤيد ذلك أن مجرد الولاية على النفس لا يكفي في القانون الفرنسى لجعل الأب مسئولا بل يشترط أيضا إقامة الصغير معه ، والإقامة من مستلزمات واجب الرعاية ، وليست من مقتضيات الولاية على النفس أو المال ، بل إن اجتماع الولاية من جهة والصغير والإقامة من جهة أخرى لا يعدو أن يكون مجرد قرينة قانونية على توافر الرعاية ، ويجوز للأب أن يدفع هذه القرينة البسيطة بإقامة الدليل على وجود الصغير في رعاية غيره وقت ارتكاب الفعل الضار • وقد غطنت

ممكنة الواسطى الى ذلك حيث قالت ان من المسلم به وقوع المسؤولية على من يكون الصغير تحت رعايته وقت ارتكابه الفعل الضار ان كان الصغير وقتئذ تحت رعاية آخر غير وليه .

فالمسؤولية المنصوص عنها في الشطر الثاني من المادة ١٥١ تلزم كل امرئ عن أعمال من هم تحت رعايته ، لاغراض التقصير فيمن تجب عليه رعاية غيره ، لا فرق في ذلك بين الأب والمربي ومعلم الحرفة ، بل اننا نستطيع القول ان هذه المسؤولية في القانون المصري عامة تتناول كل من له رعاية على غيره ، فتشمل الأب والأم والجد والعم والأخ والوصى ، أى أيهم كان الولد في رعايته ، لخلو القانون المصري من أى تعيين على سبيل الحصر .

وأمر توافر الرعاية يجب أن يكون متروكا لتقدير المحكمة ، تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة ، فليدخل في هذا التقدير سن الولد وطريقة عيشه ومقدار استقلاله في الرأى ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ . ويعتبر تقديرها لتوافر الرعاية أو عدمها مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض ، لأنها شرط لتطبيق نوع خاص من المسؤولية .

وعندى أن القانون الفرنسى والقانون المصرى متفقان في جعل أساس هذه المسؤولية توافر الرعاية على الغير ، والفرق بينهما فيما يتعلق بمسؤولية الأب ومن يقوم مقامه : (١) ان القانون الفرنسى قصر هذه المسؤولية على الأب وعلى الأم في بعض الأحوال ، في حين أن القانون المصرى فرضها على أى شخص يكون الولد تحت رعايته ، (٢) وان القانون الفرنسى أنشأ قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه ، أو أمه ، مادام قاصرا ، أى لم يتجاوز الحادية والعشرين ، ومقيما معه ، بينما القانون المصرى ترك تقدير توافر الرعاية لطرق الاثبات العادية ، فلا يجوز لنا معه تحديد سن معينة ، أيا كانت تلك السن ، تعتبر أساسا لقرينة قانونية على توافر الرعاية ، لأن القرائن القانونية لا توجد بغير

نص • (أنظر في هذا المعنى دكرنس الجزئية ٢٦ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤) •

وفي رأبى أن المشرع المصرى قد أنصف بذلك ، لأنه لو أنشأ قرينة قانونية على توافر الرعاية مرتبطة بسن الرشد المالى ، وهى الآن احدى وعشرون سنة بعد أن كانت ثمانية عشر ، خالفت هذه القرينة الأمر الواقع بالنسبة لكثيرين من الشبان الذين مع عدم مجاوزتهم هذه السن يكونون قد تم نضوجهم واستقلوا بطرق عيشهم وأصبح لهم رأى صائب حتى لا يبعد أن يجد من هم أكثر منهم سنا فائدة فى استشارتهم • ولو جعل المشرع المصرى هذه القرينة مرتبطة بالولاية على النفس تسقط بظهور علامات البلوغ الطبيعى عند الصغير أو ببلوغه سن الخامسة عشر على الأكثر ، قصرت هذه القرينة عن شمول عدد كبير من الحالات التى تتوافر فيها الرعاية فعلا ، فان الصبى يبلغ عادة حوالى الثانية عشر من عمره ، ومع ذلك فالغالب فيه أنه يبقى فى هذه السن وبعدها تحت رعاية والديه ، بل ان من الأولاد من يتجاوز سن الخامسة عشر أو يبلغ الحادية والعشرين وهو لا يزال فى دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويغلب أن يكون خاضعا لنفوذهم وواقعيا تحت رعايتهم ، بل ان البنات فى مصر معظمهن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن ، فتمت توافر الرعاية وجب على ذويهن وأزواجهن أن يتحملوا مسئولية أعمالهن الضارة بالغير (أنظر فى هذا المعنى مصطفى مرعى ص ١٦٥ واستئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٣٧٨) •

بل ان عموم النص عندنا يسمح بما لا يجيزه القانون الفرنسى من مسئولية الأب أو الجد أو الوصى الخ عن أعمال التكبير المعتوه الذى يكون فى رعايته (أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى مدنى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩) •

أما الاستناد الى أحكام قانون العقوبات لتعيين السن التى يعتبر فيها الولد مسئولا وتنتهى بها مسئولية والده فغير منتج ، لأن نص قانون

العقوبات على مسئولية الولد جنائية كاملة منذ بلوغه سن السابعة عشر ومسئولية مخففة منذ الخامسة عشر ، لا ينفي امكان جعل الأب مسئولا مدنيا عن أعمال ولده ، بل ان مسئولية الولد المدنية نفسها لا تحول دون مسئولية الأب متى توافرت بينهما علاقة الرعاية . وكذلك نص قانون العقوبات على تسليم الولد المجرم الذي لم يتجاوز الخامسة عشر لأبيه ، لا يمكن أن يستفاد منه حتما وجود الولد تحت رعاية أبيه حتى هذه السن أو خروجه منها فيما بعد هذه السن .

لذلك نرى التمسك بنص المادة ١٥١ فقرة ثانية في جعل أساس مسئولية الأب وجود الولد تحت رعايته ، مع اعتبار أمر الرعاية مسألة قانونية تستتبط من وقائع الدعوى ، ولا بأس من الأخذ فيها بقرائن الحال ، وانما لا يجوز مطلقا أن نسلم بوجود قرينة قانونية على توافر الرعاية ، سواء أكان أساس تلك القرينة سن الولد أم غير ذلك ، وسواء أكانت تلك السن الخامسة عشر أو الحادية والعشرين أو ما دونهما (❖) .

٣ - متى تنتهى مسؤولية الأب المفترضة عن أفعال ولده (❖) :

أصدرت محكمة النقض والابرار حكمين حديثين بتاريخ ٣ يناير و ٣ مايو سنة ١٩٤٣ فصلت فيهما في الخلاف الذى نشأ بين المحاكم منذ أكثر من عشر سنوات فى شأن سن الولد التى تنتهى عندها مسؤولية أبيه ، ونظرا لأن عبارات الحكم الأول أسىء تأويلها ، ولأن حقيقة الرأى الذى أخذ به كلا الحكمين فيها عدول عن الرأى الراجح قبل ذلك فهما وقضاء ، رأينا أن ننبه الى هذين الحكمين وأن نعرض لمناقشتها بعد أن نقدم لذلك ببيان موضوع الخلاف وحالته الى ما قبل صدور هذين الحكمين .

عرض موضوع الخلاف وتطوره :

نصت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسؤولية بعض الأشخاص — المذكورين على سبيل الحصر — عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، وخصصت الفقرة الثانية منها بالنص على مسؤولية الأب عن أعمال أولاده القصر المقيمين معه . وبناء على ذلك يسأل الأب فى القانون الفرنسى عن أعمال ولده القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، وهى احدى وعشرون سنة .

أما القانون المصرى ، فلم ينص بنوع خاص على مسؤولية الأب اكْتفاءً بالنص العام الذى يلزم المرء بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أعمال من هم تحت رعايته (المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى) ، وقد اعتمد الفقه والقضاء على هذا النص العام لجعل الأب والأم والمربى ورب

الصرغة وغيرهم مسئولين بحكم القانون عن أعمال من هم تحت رعايتهم (١) .

ومع أن المادة ١٥١ فقرة ثانية لم تخص بالذكر مسؤولية الأب ، ولم تشترط أن يكون الولد قاصرا ، ولا أن يكون مقيما مع أبيه ، فقد قال بعض رجال الفقه والقضاء بضرورة تولف هذين الشرطين لقيام مسؤولية الأب (٢) . وقال البعض الآخر بضرورة شرط القصر واستبدلوا بشرط الإقامة ضرورة وجود الولد في رعاية أبيه (٣) .

وقد أجمعوا فيما يتعلق بشرط القصر ، على أن مسؤولية الأب تمتد حتى يبلغ الولد سن الرشد المالى وهى وفقا للتشريع الحالى احدى وعشرون سنة (٤) .

غير أن بعض المحاكم الابتدائية والجزئية خرجت على هذا الاجماع ، ورأت أنه من الصعب أن يجعل الأب مسئولا عن ولد له في سن العشرين مثلا ولا سيما اذا كان الولد في هذه السن قد نضج واستقل

(١) راجع رسالتنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٣ و ص ٢٩٢ وما بعدها .

(٢) اسيوط ٨ نوفمبر ١٩٢٣ الحماية ١٤ — ٢ — ٤٢٥ — ٢٢٢ ، وفؤاد حسنى بك في مسؤولية الاباء والامهات الخ الحماية ٨ ص ٤٤٦ وما بعدها ، مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية الطبعة الاولى ص ١٥٩ و ص (١٦١) ، ذهنى بك في الالتزامات ص ٨٦٤ نبذة ٨٣١ .

(٣) دى هلتس نبذة ٧٨ و ٨٨ ، السنهورى باشا في الموجز ص ٣٥٥ نبذة ٣٤٧ ، استئناف مصر ٢ مايو ١٩٤٠ الحماية ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ — المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ ، الزقازيق بهيئة استئنافية ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ (غير منشور) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر ١٩٢٣ الحماية ٤ — ٤٢٥ ، ٣١ ديسمبر ١٩٣١ الحماية ١٢ — ٩٩٠ — ٤٩٤ ، ٧ مارس ١٩٣٣ الحماية ١٤ — ٣٥١ — ١٧٨ ، ٢ مايو ١٩٤٠ الحماية ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ — المجموعة ٤٢ — ١٣٦ — ٨٤ والقانون والاقتصاد ١٣ — ١ — ٣٣٥ مع تعليق منا ، ديروط الجزئية ٥ يناير ١٩٣٠ الجريدة القضائية العدد ٦٠ ص ٢٨ ، استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٣٩ الفازيت ٢٩ — ٤١٢ — ٤٨٣ ، دى هلتس نبذة ٨٧ ، ذهنى بك نبذة ٨٣١ ، مصطفى مرعى بك ص ١٦٤ ، السنهورى باشا في الموجز نبذة ٣٤٧ .

بعمله ولم يعد خاضعا لرقابة أبيه ، فربطت مسؤولية الأب بواجبه في حفظ الولد ورعايته ، واعتبرت هذا الحفظ والرعاية داخلين في الولاية على النفس ، لا في الولاية على المال ، وقضت بناء على ذلك بانتهاء مسؤولية الأب المقترضة ببلوغ الصغير خمس عشرة سنة على الأكثر وهى السن التى تنتهى بها الولاية على النفس ما لم يبلغ الصغير قبل ذلك (٥) •

وقد دفعنا هذا التضارب فى الأحكام الى بحث وجوه الخلاف بين الرايين فى تعليقات سابقة (٦) ، فبين لنا أن رأى القائل بمسؤولية الأب حتى يبلغ الولد احدى وعشرين سنة لا سند له من القانون ، وأن القائلين به تأثروا فيه بما عليه العمل فى القانون الفرنسى ، ولم يعيروا اختلاف النص عندنا أى اهتمام •

أما الرأى الذى ذهب الى المحاكم الكلية والجزئية ، فلا يخلو من نزعة استقلالية ومن نظر خاص الى أحكام القانون المصرى ، اذ فرق بين الولاية على المال والولاية على النفس التى تنتهى عندنا قبل الأولى ، بخلاف الحال فى القانون الفرنسى • ولكنه مع ذلك بقى واقعا تحت تأثير القانون الفرنسى من حيث تمسكه بظرف قصر الولد ورغبته فى تعيين سن تنتهى عندها مسؤولية الأب ، مع خلو القانون المصرى من أى نص على ذلك • (راجع تفنيدينا لحجج هذا الرأى فى تعليقاتنا التى سبقت الإشارة إليها) •

وقد ذهبنا فى بحثنا مذهباً مخالفاً لكلا الرايين ، فانتهينا منه الى
النتائج الآتية :

-
- (٥) الاسكندرية الكلية ١١ يوليه ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٢٠ —
٢١٩ ، السيدة زينب الجزئية ١٤ يناير ١٩٣٤ الجريدة القضائية س ٥ العدد ١٤ ص ١١ ، دكرنس الجزئية ٢٦ يونيه ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ١٠٨ — ٤٤ ،
الوأسطى الجزئية ١٩ اكتوبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ — ٧٨٣ — ٤٨٥ وفى هذا
المعنى أيضا جنايات طنطا ٢٥ مايو ١٩٤٢ الوارد ذكره فيما بعد .
(٦) راجع السنة السابعة من مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧ ص ٨٨٤ وما بعدها والسنة الثالثة عشرة منها سنة ١٩٤٣ ص ٣٣٥ وما بعدها .
انظر ما تقوم فى ص ٣٤٠ وما بعدها و ص ٣٥٢ وما بعدها .

(١) أن أساس مسئولية الشخص عن فعل غيره سواء أكان في القانون الفرنسى أم في القانون المصرى هو وجود ذلك الغير تحت رعايته ، لا فرق فى ذلك بين مسئولية الأب عن ولده ومسئولية المربي عن تلميذه ومسئولية رب الحرفة عن صبيه ، فمضى كان الشخص تحت رعاية غيره أصبح ذلك الغير مسئولا عنه . وهذه الرعاية تخول أحد الطرفين حق توجيه الآخر ورقابته ، وتوجب على الطرف الآخر اطاعة الأول والعمل بمشورته وأوامره ، وهى وان كانت قريية الشعب بالولاية على النفس الا أنها ليست هى ولاية النفس بعينها ولا مظهرا من مظاهرها أو نتيجة ملازمة لها .

(٢) ان القانون الفرنسى أنشأ قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه ، أو أمه ، مبنية على توافر شرطين هما : أن يكون الولد قاصرا أى لم يجاوز الحادية والعشرين ومقيما مع أبيه أو أمه . وان توافر هذين الشرطين لا يترتب عليه حتما قيام مسئولية الأب ، لأن هذا الأخير يستطيع أن يدفع عن نفسه المسئولية بأن يثبت وجود الولد فى رعاية شخص آخر وقت ارتكابه الفعل الضار . أما القانون المصرى فانه لم ينشئ مثل هذه القرينة القانونية ، ولم يجعل حالة الرعاية التى هى مناط مسئولية الأب عن أعمال ولده ، كما هى مناط مسئولية كل من كان غيره تحت رعايته ، مرتبطة بعدم بلوغ الولد ولا باقامته مع أبيه ، لا من حيث انها تقتضى حتما توافر هذين الشرطين ، ولا من حيث انها تترتب حتما على توافرهما . وانما جعلها حالة قانونية متروكا لتقدير توافرها لحكمة الموضوع تستنبطه من ظروف كل دعوى على حدة طبقا لقواعد الاثبات العادية .

(٣) انه لا محل فى القانون المصرى لاشتراط قصر الولد الى جانب شرط وجوده فى رعاية أبيه ، لأن القانون الفرنسى لم ينص على القصر الا باعتباره أحد عنصرين تقوم على أساسهما قرينة الرعاية ، فلا يجوز مع عدم النص على شئ من ذلك فى القانون المصرى ألا نكتفى بشرط الرعاية وأن نتطلب الى جانبه شرطا آخر لم ينص عليه القانون

وهو شرط القصر ، وبالتالي فلا محل في القانون المصري اذن لتحديد سن معينة ، سواء أكانت تلك السن هي سن الرشد المالى أو سن زوال الولاية على النفس أو غيرها ، تعتبر أساسا لقريفة قانونية على توافر الرعاية أو على انتهائها ، لأن القرائن القانونية لا توجد بغير نص • على أن هذا لا يمنع من الاعتراف لما لسن الولد من الأهمية باعتبارها من الظروف أو العناصر الواقعية التى تدخل في تقدير المحكمة لقيام حالة الرعاية أو عدم قيامها ، فمن الواضح مثلا أن الولد يكون في الغالب مستقلا عن والده ، متى جاوز الحادية والعشرين وأنه بالعكس من ذلك يكون خاضعا لرعايته مادام دون الخامسة عشرة ، وأن الأمر فيما بين هذين الصدين يدور بين توافر الرعاية أو عدم توافرها تبعا لعوامل واعتبارات أخرى كطريقة عيش الولد ومقدار استقلاله في الرأى ، ومبلغ نفوذ صاحب الرعاية عليه الخ • ولكن من الواضح أيضا في خلاصة بحثنا أننا لا نقرر الرأى القائل بمسؤولية الأب عن أفعال ولده لمجرد عدم بلوغ الولد سن الحادية والعشرين ، ولا الرأى الذى يقول بأن مسؤولية الأب تنتهى بمجرد تجاوز الولد سن الخامسة عشرة ، بل ان لنا رأيا وسطا نذهب فيه الى أن للقاضى أن ينوع أحكامه تبعا لمقتضيات كل حالة على حدة ، فيكتفى بالتعويل على سن الولد حيث تكون هذه السن وحدها كافية للدلالة على خضوع الولد لرعاية أبيه ، أو على عدم خضوعه لها ، والا فإنه يكمل استدلاله على ذلك بالظروف الأخرى التى يستفاد منها توافر الرعاية أو عدم توافرها •

وبعد ذلك أصدرت محكمة جنايات طنطا حكما بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٤٢ أخذت فيه ، في شأن مسؤولية الأب ، بما ذهبت اليه المحاكم الكلية والجزئية . فجعلت مسؤولية الأب تنتهى ببلوغ الولد سن الخامسة عشرة ، وأضافت في أسباب حكمها حجبا جديدة الى الحجج التى كانت استندت اليها تلك المحاكم • وبناء على ذلك رفضت الحكم على الأب بالتعويض لبلوغ المتهم سن العشرين •

فطعن المدعى بالحق المدني في هذا الحكم بأنه أخطأ اذ قضى بأن

الأب لا يكون مسئولاً عن خطأ ابنه بعد سن البلوغ الجنسى - وهو ١٥ سنة - لأن الرأى الصحيح أن المسئولية المقررة بالمادة ١٥١ من القانون المدنى ليس أساسها الولاية على النفس كما قال الحكم المطعون فيه ، بل أساسها ، على مقتضى نص القانون ، واجب الحفظ الذى قد يكون مطالباً به من لا شأن له بالولاية على نفس مرتكب الخطأ كالمدرس ، مما يجب معه القول بأن الأب يبقى مسئولاً عما يقع من ابنه مادام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد .

حكم ٤ يناير سنة ١٩٤٣ :

وقضت محكمة النقض بتاريخ ٤ يناير ١٩٤٣ فى هذا الطعن برغضه بعد أن قررت : « أن المادة ١٥١ مدنى اذ نصت فى الفقرة الثانية على مساعلة الانسان عن تعويض الضرر الناشئ للغير » عن أعمال من هم تحت رعايته *dés personnes que l'on a sous sa garde* أو عدم الدقة أو الانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم » ، قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التى قررتها استثناء وخروجاً على الأصل انما تقوم على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الأضرار بالغير ، واذا كانت السن احدى موجبات الحفظ ، فماتى المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار تقتضى وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة فى القانون للولاية على المال ، فان الحفظ *garde* الذى هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، اذ قد يكون الانسان قاصراً فيما يختص بماله ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ولا سلطة فيما يختص بشخصه . واذن غفى دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف سن من وقع منه الضرر الا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا » .

ويتبادر الى الذهن أول الأمر ، كما يرى الأستاذ مصطفى مرعى

في الطبعة الثانية من كتاب المسؤولية المدنية ، أن هذا الذي قرره محكمة النقض يفيد ما يأتي :

(أولا) ان المحكمة العليا لم تؤيد مذهب الحكم المطعون فيه ، اذ جعل الولاية على النفس أساسا للمسؤولية واذ رتب على ذلك انتهاء المسؤولية بانتهاء الولاية على النفس ، يدل على ذلك ما جاء في حكمها صريحا من أن مسؤولية الأب وغيره ، ممن يسألون عن أعمال من هم تحت رعايتهم ، انما تقوم قانونا على ما للمسئول من سلطة على من باثر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الأضرار بالغير . أي أن السلطة التي للرأى أبا كان أو أما أو وصيا أو معلما أو رب حرفة المخ . على من يكون تحت حفظه ورعايته هي ، لا الولاية على النفس ، الأساس القانوني لهذه المسؤولية ، بدليل أن المعلم ورب الحرفة وكل من عدا الأب لا ولاية لهم على نفس الصغير ، ولكنهم مسئولون عن أعماله الضارة بمجرد خضوعه لسلطتهم في الحفظ والرعاية .

(ثانيا) ان هذه السلطة لا تختلف عن الولاية على النفس لخصب ، بل أيضا عن الولاية على المال ، لأن الحفظ الذي هو أساس المسؤولية « متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ اذ قد يكون الانسان قلصرا فيما يختص بماله ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ولا سلطة فيما يختص بشخصه » .

(ثالثا) ان سن الشخص هي احدى موجبات الحفظ أي أنها أحد العناصر التي تدخل في تقدير المحكمة لتوافر حالة الرعاية أو عدم توافرها . ولا اعتبار في ذلك للسن التي حددها القانون للولاية على المال ، ولا للسن التي تنتهي بها الولاية على النفس ، فقد يعتبر في رعاية أبيه من تجاوز سن البلوغ الطبيعي (أو حتى سن الرشد المالى) اذا كان لم يتم نضوجه ولم يستقل بأمر نفسه ، بل ظل يعتمد على أبيه في عيشه ويأتمر بأمره ، وبالعكس من ذلك قد يعتبر غير خاضع لرعاية أبيه ،

شخص لم يبلغ بعد سن الرشد المالى اذا بلغ من النضج ما جعله يعتمد على نفسه ويستقل بأمره دون أن تكون لأبيه سلطة عليه .

وكنا نتمنى أن يكون هذا التفسير الذى يتبادر الى ذهن من عبارات محكمة النقض مطابقا لحقيقة المعنى الذى قصدت اليه محكمتنا العليا ، لأننا نرى فيه رأى الصحيح الذى يؤدى اليه تطبيق نصوص القانون المصرى . غير أن ظروف القضية التى قررت فيها محكمة النقض ذلك ، وعبارات الحيثية التالية لهذه الحيثية الأولى جعلتنا نتشكك على الأقل فى صحة هذا التفسير لنية محكمة النقض .

ذلك أن الحكم المطعون فيه كان قد قضى برفض التعويض المطلوب من والد المتهم بناء على أن هذا الأخير قد جاوز السن التى تنتهى بها ولاية أبيه على نفسه . فإذا فرضنا صحة التفسير الذى أشرنا اليه كان من المتعين على محكمة النقض أن تقبل الطعن وأن تحيل القضية الى محكمة أخرى لتبحث فى وقائع الدعوى عما يفيد وجود المتهم فى رعاية أبيه أو عدمه بالرغم من تجاوزه سن الولاية على النفس . ولكن المحكمة غفلت عكس ذلك ، اذ رفضت الطعن واكتفت فى رفضه بأن أردفت الحيثية الأولى بقولها : « وحيث انه متى كان هذا مقرا ، فإن الحكم المطعون فيه اذ أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم على ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الذى تنتهى به ولاية أبيه على نفسه يكون قد أصاب ولم يخطئ فى شيء مما يزعمه الطاعن » .

هذه الحيثية الأخيرة فى ذاتها واضحة الدلالة فى أن المحكمة العليا تؤيد ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه من أن مسئولية الأب محدودة بولايته على نفس ولده ، وهى بذلك تناقض التفسير الذى يتبادر الى ذهن من عبارات الحيثية السابقة ، فأى المعنيين هو الذى قصدت اليه محكمة النقض ؟ أهو المعنى الذى أمكن استخلاصه من العبارات التى قررت بها المبدأ ، أم هو المعنى الذى يستفاد من العبارات التى طبقت بها هذا المبدأ على الطعن المعروض عليها ؟

قد يقال في تغليب هذا المعنى الأخير أن العبرة بالنتيجة التي وصلت اليها المحكمة في التطبيق القانوني ، لا بالمبادئ العامة التي قررتها في أسباب حكمها ، ولكن يمكن أن يرد ذلك بأنه إذا توافرت في القضية ظروف واقعية يترتب عليها من حيث نتيجة التطبيق القانوني انعدام أثر الاختلاف بين المعنيين المتعارضين ، فالأولى تغليب المعنى المستفاد من تقرير المبادئ العامة مادامت النتيجة يمكن — بسبب توافر تلك الظروف الواقعية الخاصة — أن تستقيم مع ذلك المعنى . وفي هذه القضية بالذات كان بلوغ المتهم سن العشرين ، مضافا الى طريقة عيشه التي بينتها محكمة الموضوع ، ظرفا يسمح باعتبار المتهم غير خاضع لرعاية أبيه ويكفي لرفض الدعوى المدنية ضد الأب ، فاكثفت محكمة النقض بذلك في رفض الطعن الذي كان يزعم الى القول بتوافر الرعاية ، واكتفت بذلك نظرا لانعدام مصلحة الطاعن في التقرير أولا بقبول الطعن تمشيا مع المبدأ ثم الحكم برفض التعويض اعتمادا على ظروف الدعوى .

يبين من ذلك أن عبارات هذا الحكم لا تكشف بصفة قاطعة عن رأي محكمة النقض ، وأنها توجب على الأقل التشكك في صحة التفسير الذي تبادر الى الذهن بادى الأمر ، وأنها في حاجة الى حكم آخر يجلو معناها ويرغم عنه كل شك .

حكم ٣ مايو سنة ١٩٤٣ :

وقد شاعت الظروف ألا يبطىء هذا الحكم الآخر أكثر من أربعة أشهر ، فأتيت محكمة النقض أن تقرر ذات المبدأ مرة ثانية في حكمها الصادر في ٣ مايو ١٩٤٣ ، وأن تطبق هذا المبدأ على وقائع الدعوى المعروضة عليها تطبيقا لا يدع أى مجال للشك في أنها تعتبر مسئولية الأب محدودة بولايته على نفس الولد ، أى أنها تنتهى ببلوغ الصغير سن الخامسة عشرة على الأكثر . وبيان ذلك أن محكمة الزقازيق الابتدائية الأهلية كانت قضت في ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ بهيئة استئنافية بمسئولية متهم عمره ١٩ سنة وباعتبار أبيه أيضا مسئولا عنه مدنيا استنادا الى الرأى الراجح في

الفقه والقضاء الذي يعتبر الأب مسؤولاً عن فعل ولده حتى يبلغ هذا سن الرشد المالى مادام فى رعاية أبيه • فظمن الأب فى هذا الحكم بأنه أخطأ اذ جعل مسئولية الأب تمتد حتى يبلغ الولد سن الحادية والعشرين فى حين أن هذه المسئولية يجب أن تنتهى بتجاوز الولد سن البلوغ الذى تنتهى به الولاية على النفس بمقتضى أحكام الشريعة الغراء • فقبلت محكمة النقض هذا الطعن وقضت برفض الدعوى المدنية الموجهة الى الطاعن وقالت فى أسباب حكمها (بعد أن أعادت تقرير المبدأ الذى سبق أن قررته فى حكم ٤ يناير ١٩٤٣) : « أن الحكم المطعون فيه اذ اعتبر الوالد مسؤولاً عن عمل ابنه بعد أن كان هذا قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، واذا قال ان الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ احدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال كما مر القول » •

وقد دلت محكمة النقض بقبولها الطعن ونقض الحكم المطعون فيه وتوكيدها صراحة أن واجب الحفظ بالنسبة الى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها ، دلت بطريقة واضحة لا تحتمل لبساً ولا تأويلاً على قصدها فى المعدول عن رأى الغالب الى الآن فى الفقه والقضاء ، وعلى رغبتها الأكيدة فى الأخذ بالرأى الذى قضت به بعض المحاكم الجزئية والابتدائية ، وأخيراً محكمة جنايات طنطا ، والذى يجعل مسئولية الأب عن أعمال ولده ، مسئولية مفترضة ، تنتهى بمجرد بلوغ الولد طبقاً لقواعد الشريعة الغراء •

وكنا ننتظر من محكمتنا العليا وقد دعيت للفصل فى مسألة خلافيه ورأت تقرير مبدأ جديد فيها تخالف به اجماع الفقه وأغلبية أحكام المحاكم أن تعرض للخلاف فى أصله وأن تمحص كلا من الآراء المختلفة فى الموضوع وحججه حتى يجىء تقريرها للمبدأ الذى اعتمدته مدعما بالأسباب المؤدية اليه فتظهر وجاهته لرجال القانون ويطمئن اليه

المتقاضون • أما في هذين الحكمين ، فقد اقتضت محكمة النقض على تقرير الجبدأ باعتباره قضية مسلمة ، في عبارات يكفى أن يؤخذ عليها أنه أمكن لصاحب كتاب المسؤولية المدنية ، وهو مستشار بمحكمة الاستئناف ، أن يفهم منها خلاف المقصود بها ، ولم تبين الأسباب التي استندت إليها في تقرير هذا الجبدأ وتغليب الرأي الذي أخذت به على الرأي الراجح الى الآن • فأصبح من المتعين علينا إذا أردنا أن نتبين هذه الأسباب أن نرجع الى الحكمين المطعون فيهما ، فنعتبر محكمة النقض قد أقرت الأسباب التي استندت إليها حكم محكمة جنابات طنطا الصادر في ٢٥ مايو ١٩٤٢ الذي رفضت الطعن المقدم عنه وأنها لم تقر الأسباب التي استندت إليها حكم محكمة الزقازيق الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ الذي نقضته بعد أن قبلت الطعن المقدم عنه •

ونحن اتماما للفائدة نرى أن نورد ههنا يلي أسباب الحكم الأول مع التعقيب عليها في الهامش بما عن لنا من ملاحظات بشأنها ، وأن نردفها بملخص واف لأسباب الحكم الثانى ونحيل ههنا يتعلق بأسبابه الى تعليقاتنا على حكم آخر سبق صدوره في نفس المعنى وبناء على الأسباب ذاتها •

قالت محكمة الجنابات بعد أن أدانت المتهم في الجريمة المرغوة بها الدعوى عليه وألزمته وحده بمبلغ التعويض الذي رأت الحكم به :

« أما ههنا يختص بوالده ••• فان المحكمة لا ترى لها محلا ، ذلك لأن المادة ١٥١ مدنى اذ نصت على مسؤولية الانسان عن أعمال الغير اشترطت أن يكون هذا الغير تحت رعايته حتى يحاسب على الاهمال أو عدم الدقة في ملاحظة من هم تحت رعايته • والواقع أن المسؤولية عن أعمال الغير لم تحد عن القاعدة الأصلية التي ترجع كل مسؤولية الى نوع من أنواع الخطأ الموجب لها ، وليس تقصير الانسان في مراقبة من هم تحت رعايته الا خطأ شخصيا يتصل به أولا وبالذات (٧) على أن هذه

(٧) لا شك أن المحكمة تقصد بذلك أن اساس المسؤولية من أعمال =

المسئولية تنعدم وينفرد بها محدث الضرر اذا ما اُضحى لهذا شخصية مستقلة واكتملت له الحرية في تصرفاته وأعماله (٨) . ولا يمكن أن تقاس هذه الشخصية بالمقياس المقرر لسن بلوغ الرشد كما يحده قانون المجالس الحسينية أى باحدى وعشرين سنة ، بل بالولاية على نفس الشخص كما تفرضها الشريعة الاسلامية أى بالبلوغ الجنسى للذكر والأنثى أو ببلوغهما الخامسة عشرة (٩) . ولعله مما يقرب وجهة النظر هذه أن قانون العقوبات حين تحدث عن معاملة المجرمين الأحداث رتب

= الغير لا يختلف عن أساس المسؤولية عموماً ، وهو الخطأ الشخصى ، وأنها لم تقصد نفي استثناء المسؤولية من أعمال الغير من قاعدة وجوب البتات الخطأ كما ذهبت الى ذلك بعض أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (٨ مايو ١٩٣٠ ب ٤٢ - ٤٨٥ ، الفازيت ٢٠ - ١٨٤ - ١٦٩ ، ٨ مارس ١٩٣٩ الفازيت ٢٩ - ٤١٢ - ٤٨٣) بدليل أنها لم تطالب المدعى المدني بالبتات خطأ الاب في ملاحظة وإسده . بل أجهت نفسها في تبليس الحجج التى استدلت بها على عدم توافر الشروط التى تجعل مسئولية الاب مفترضة وقد عنيت محكمة النقض بإبراز هذه الصفة الاستثنائية للمسئولية عن أعمال الغير .

(٨) ربطت المحكمة في هذه الحثية انتهاء مسئولية الاب بأكملها شخصية الولد وحرية أى باستقلاله عن أبيه وخروجه بذلك من تحت رعايته . ونحن نسلم بهذا الارتباط ، وقد أقرته محكمة النقض .
(٩) اكتنت المحكمة بمجرد تقريرها أنه يستحيل ربط اكتمال الشخصية (أى انتهاء الرعاية) ببلوغ سن الرشد المالى ، وأنه يجب ربطه بالبلوغ الجنسى ، دون تعليل لهذا الوجوب ولا لتلك الاستحالة . ونحن وأن كنا نفهم سبب هذه الاستحالة (وقد بيناه في تعليقاتنا السابقة في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٨٩١) ، لا نرى ما يبرر ربط اكتمال الشخصية أو انتهاء الرعاية بالبلوغ الجنسى ، ولا نجد له سنداً من القانون ولا من الواقع ، فالقانون لم ينص على سن معينة ، كما أنه لم ينص على القصر ولا على الرشد المالى أو البلوغ الجنسى ، ولا ربط الرعاية بالولاية على النفس ولا بالولاية على المال . وكذلك الواقع لا يسمح بربط اكتمال الشخصية والاستغناء عن الرعاية بالبلوغ الجنسى . إذ أن الصغير يبلغ عادة حوالى الثانية عشرة من عمره ، والغالب فيه أنه يبقى في هذه السن ويعدّها تحت رعاية والديه ، بل أن من الأولاد من يتجاوز سن الخامسة عشرة أو يبلغ الحادية والعشرين وهو لا يزال في دور طلب العلم على نفقة ذويه ، ويقلب أن يكون خاضعاً لنفوذهم وواقعاً تحت رعايتهم ، بل أن البنات في مصر معظمن يبقين تحت رعاية ذويهن الى أن يتزوجن ، ثم ينتقلن الى رعاية أزواجهن (انظر في هذا المعنى مصطفى مرمى ص ٢٦٥ واستئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحابة ٦ ص ٣٧٨) .

غيما رتب مسألة تسليمهم لولى أمرهم ، وجعل السن في هذه الحالة حدا أقصى لا يتجاوز الخامسة عشرة ، كذلك ينص قانون المتشردين والأحداث على أن الطاعة تلزم الولد حتى الخامسة عشرة ، فإذا مرق من سلطة أبيه قبل بلوغ هذه السن وقع تحت طائلة العقاب (١٠) . وفي الحق انه يبدو غريباً أن يظل الأب مسئولاً عن أعمال ولده الذى قارب احدى وعشرين سنة وله مطلق الحرية في روحاته وجيئاته وله أن يطرق باب الوظائف العامة وعليه أن يؤدي الخدمة العسكرية ويختار العمل الملائم له يفيد ما شاء له الحظ أن يفيد من كسب ويفسر ما قدس له أن يخسر (١١) . بل ان قانون المجالس الحسبية أباح له أن يتولى إدارة أمواله بين الثامنة عشرة والواحدة والعشرين كما أن القانون المدنى لم يجعل تصرفاته باطلة بطلاناً جوهرياً بل اكتفى بأن جعلها قابلة للبطلان يجوز أن تلحقها الاجازة (١٢) . وها هو الفقه في فرنسا بالرغم من أن

(١٠) يلاحظ ان الاستشهاد بأحكام قانون العقوبات وقانون المتشردين غير منتج في هذا الموضوع ، لان النصوص الخاصة بالمجرمين الاحداث اذا كانت تجيز للمحكمة أن تستبدل بالعقوبة العادية بما يتعلق بمن لم يبلغوا الخامسة عشرة تسليمهم لولى أمرهم ، فلا يفيد ذلك حتماً ان هؤلاء الاحداث تكمل شخصيتهم بتجاوز هذه السن او انهم لا يكونون بعدها خاضعين فعلاً لابائهم ياتهم بآمرهم وينتهون بنهيهم . وكذلك الحال بالنسبة لقانون المتشردين الاحداث فانه يقرر مدة اجبارية يلزم فيها الصغير قانوناً بالخضوع لوالده ولكنه لا ينهى استمرار خضوعه له فعلاً بعد هذه المدة .

(١١) نظرت المحكمة في ذلك الى الشاب الذى قارب الحادية والعشرين والذي اكمل نضوجه واستقل بشئون نفسه . ونحن لا ننازع في انقطاع رعاية الاب لئلا هذا الشاب وانتهاء مسئوليته عنه . ولكن المحكمة لم تنظر الى الاحداث من وقت بلوغهم الجنسي الذى يكون عادة في الثانية عشرة او على الأكثر في الخامسة عشرة ، ولو نظرت اليهم ما استطاعت أن تقول في شأنهم ما قالت في شأن من نظرت اليه ، مع أنهم جميعاً يدخلون في فترة من السن واحدة هي الفترة التي تفصل بين البلوغ الجنسي والرشد المالى أى الفترة التي ينصب عليها الخلاف في شأن قيام أو عدم قيام قرينة قانونية على وجود الولد تحت رعاية أبيه في أثنائها . ويلاحظ أن حكم محكمة الزنازيق نظر الى النة التي لم تنظر اليها محكمة الجنائيات ، فإدى به هذا النظر الى الرأى العكسى .

(١٢) لا نرى أن أحكام قانون المجالس الحسبية والقانون المدنى تعيد شيئاً في تقريب رأى المحكمة ، وفي تدليلها على اكمال شخصية الصغير =

نص المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى أضيق نطاقا من المادة ١٥١ مدنى مضرى رأى أن يخفف وطأة هذا الجمود فأخلى الوالد والوالدة من المسؤولية عن أعمال الابن والبنت اذا تزوجا قبل بلوغ سن الرشد ارتكنا على أنهما بهذا الزواج قد حصلا على قسط من الحرية يجعلهما بمنأى عن سلطة الأبوين (١٣) ، وحيث انه من ذلك لا يكون أبو المتهم ...

== بالبلوغ الجنسى (اولا) لانها اجنبية عن الموضوع ، اذ هي تتعلق بالرشد المالى وبالأهلية لمباشرة التصرفات القانونية ولا صلة لها بالولاية على النفس ولا باستقلال الشخصية واستغنائها عن الحفظ والرعاية . و (ثانيا) لانها ان أمادت شيئا فانما تفيد أن القاصر لا يستغنى عن رأى وليه ولا يستقل بأمر نفسه ، وأنه بعد الثامنة عشرة أنها تسلم اليه ادارة أمواله على سبيل التجربة تحت رقابة وليه أو رقابة المجلس الحسبى بحيث لو أساء التصرف سلبت منه تلك الادارة . وان بطلان تصرفاته بطلانا نسبيا لإكبر دليل على عدم اكتمال شخصيته وعلى قصد المشرع حمايته ضد نفسه ، فضلا عن أن هذا البطلان يلحق تصرفات القاصر من سن السابعة الى سن الحادية والعشرين ، والاستناد اليه كان يقتضى القول بأن شخصية القاصر تكمل من سن السابعة ، ويتبع اكتمالها ارتفاع المسؤولية من الاب . ولكن احدا لم يقل بذلك قط ، ويلاحظ أن حكم محكمة الزقازيق أخذ من قانون المجلس الحسبى ومذكرته الإيضاحية دليلا على الرأى العكسى .

(١٣) اذا كان نص المادة ١٣٨٤ فرنسى أضيق نطاقا من نص المادة ١٥١ مصرى لمرة ثانية من حيث انه يفرض مسؤولية آاب مادام ولده قاصرا ، فان الشراح الفرنسيين قد اعتبروا هذه المسؤولية المفترضة نتيجة لما للآاب من سلطة على أولاده *puissance paternelle* ، ولما كانت المادة ٣٧٢ مدنى فرنسى تنص على أن هذه السلطة تبقى للآاب حتى بلوغ الولد سن الرشد أو اطلاق التصرف له *émancipation* فقد اعتبروا الآاب وفقا لهذه المادة الأخيرة مسئولوا مادام ولده قاصرا ولم يطلق تصرفه ، واجمعوا على انقضاء مسؤوليته هذه ببلوغ الولد سن الرشد أو باطلاق التصرف له متى كان هذا الاطلاق حاصلًا بحكم القانون بسبب عقد زواج القاصر (انظر تعليقاتنا التى سبقت الاشارة اليها فيما تقدم ص ٣٥٢ وما بعدها) .

ويظهر من ذلك أنهم يعتبرون زواج القاصر — وهو لابد فيه من موافقة والديه — قرينة على اكتمال شخصيته واستقلاله وخروجه من تحت رعاية آبيه . ولا مانع عندنا من التعميل على زواج القاصر فعلا باعتباره من العناصر التى يستفاد منها غالبا استقلال الولد عن آبيه وانتهاء خضوعه لرعايته . ولكن لا يجوز الاستدلال بذلك على القول بانتهاء رعاية الآاب بمجرد وصول الولد الى البلوغ الجنسى أو بمجرد بلوغه سن الأهلية القانونية للزواج ، لان العبرة فى تقدير انتهاء حالة الرعاية أو استمرارها بحصول الزواج فعلا الذى يدل على اكتمال الشخصية واستقلالها ، لا بمجرد امكن حصوله طبيعيا من وقت البلوغ أو قانونا من وقت الأهلية .

مستولا عن أعمال ابنه الذى قيل انه وقت الحادثة ما كان قد بلغ الواحدة والعشرين سنة تماما والذى بلغ وقت نظر الدعوى الثالثة والعشرين » .

أما أسباب حكم محكمة الزقازيق الصادر فى المعنى العكسى بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ ، فهى فى معظمها تكرار حرف لأسباب حكم أصدرته فى هذا المعنى محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢ مايو ١٩٤٠ (١٤) وسبق لنا التعليق عليه فى هذه المجلة (١٥) ، فنكتفى بالأحالة على هذا التعليق .

ويتلخص قبل كل شيء أن حكم محكمة الزقازيق كان متأثرا فى حججه وأسانيده بالنظر الى حالة الشخص الذى تجاوز سن البلوغ الطبيعى بيوم واحد أو بلغ الخامسة عشرة ويوما واحدا ، وإلى ما فى القول بانتهاء مسئولية أبيه عنه من مجازاة للعدالة ، فى حين أن حكم محكمة جنابات طنطا كان متأثرا بالنظر الى حالة الشخص الذى قارب سن الرشيد المالى دون أن يبلغه ، وإلى ما فى القول باستمرار مسئولية أبيه عنه حتى هذه السن من مجازاة للعدالة أيضا ، وإن محكمة النقض تأثرت فى حكمها بالنظر الى هذه الحالة الأخيرة وحدها لأن الولد المرتكب الفعل المضار كان فى كل من القضيتين قد تجاوز سن العشرين » .

وفى اعتقادي أن محكمة النقض لو أنها عرضت فى حكمها لمناقشة أسباب الحكمين المطعون فيهما ، لتفادت التأثير الذى وقعت فيه من جراء النظر الى إحدى الحالتين المتطرفتين دون الأخرى ، ولظهر لها أن القول بانتهاء مسئولية الأب بمجرد بلوغ الولد بلوغا طبيعيا — وقد يكون ذلك فى سن الثانية عشرة أو قبلها — ليس أقل بعدا عن العدالة وعن القانون من القول باستمرار مسئولية الأب عن ولده الذى بلغ العشرين أو جاوزها ، وأن الرأى الذى قدمناه فيما سبق هو وحده الذى

(١٤) المحاماة ٢٠ — ١٣٨٥ — ٦١٠ المجوعة ٢٢ — ١٣٦ — ٨٤٢ .
(١٥) القانون والاقتصاد ١٣ — ١ من ٢٣٥ — ٣٤٤ . انظر ما تقدم فى ص ٣٤٠ وما بعدها .

يتفق مع القانون المبرى ويسمح بتحقيق العدالة في جميع الحالات على السواء .

على أنا نسارع الى القول بأن عبارات محكمة النقض قد أوجت إلينا بفرقة جديدة لا ندعى أن المحكمة قصدتها ، فنفرق بين شيئين :

(١) السلطة الفعلية التي تكون لشخص على آخر وتوجب على الأول منع الثاني من الاضرار بالغير ، وهذه السلطة هي التي تتوالى بها حالة الرعاية التي تقوم عليها مسئولية الراعى المفترضة عن فعل المرعى ، سواء أكانت هذه السلطة مستمدة من القانون أم من الواقع (١٦) .

(٢) واجب الحفظ المفروض قانونا على الأب لمنع الضرر عن ولده ومنع ولده من الاضرار بالغير ، والذي يترتب على الوفاء به توافر السلطة الفعلية المذكورة آنفا ، بينما يعتبر الاخلال به خطأ شخصيا يستتبع مسئولية الأب مسئولية مباشرة (١٧) .

وهذه التفرقة تسمح لنا بأن نسائر محكمة جنابات طنطا ومحكمة النقض في القول بأن واجب الحفظ المفروض على الأب ينتهى ببلوغ الولد طبقا لإحكام الشريعة الغراء ، لأنه هو وحده المرتبط بالولاية على النفس . أما السلطة الفعلية التي تتوغل لشخص على آخر ، فقد تكون نتيجة للقيام بواجب الحفظ المرتبط بالولاية على النفس ، وقد لا تكون كذلك كما إذا استمر الولد خاضعا لسلطة أبيه بعد انقضاء واجب الحفظ المفروض قانونا على الأب ، وبما أن المسئولية التي قررتها المادة ١٥١ غقرة ثانية إنما تقوم — كما تقول محكمة النقض — على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار ، فإنها تعتبر — كما تقول محكمة الزقازيق —

Pouvoir de fait en vertu duquel une personne se trouve (١٦)
effectivement sous la garde d'une autre et soumise à sa surveillance.
Obligation légale de garde remplie ou non remplie. (١٧)

أجنبية عن قواعد الشريعة الإسلامية ، ولا محل للتقيد فيها بسن انتهاء
الولاية على النفس .

وبناء على ذلك يمكننا أن نسلم بأنه مادام الولد لم يبلغ طبقا
لقواعد الشريعة الغراء ، فإن والده يكون ملزما بإبقائه في حفظه . فإن
تركه يتشرد دون أن يتخذ الاجراءات الكفيلة برده اليه ، أو عهد بحفظه
الى شخص أساء اختياره ، كان مخطئا خطأ شخصيا ومسئولا عن هذا
المخطأ مسئولية مباشرة طبقا للمادة ١٥١ فقرة أولى . ومسئوليته هذه
هى التى تنتهى تبعاً لانتهاء واجب الحفظ بمجرد بلوغ الولد . أما ان
استبقى الأب ولده في حفظه ، سواء أكان ذلك في أثناء قيام واجب الحفظ
الذى ينتهى بانتهاء الولاية على النفس وتنفيذا لهذا الواجب ، أم كان
بالتراضى على ذلك بين الطرفين بعد انتهاء واجب الحفظ ، فإن وجود
الولد في حفظ أبيه وخضوعه لسلطته يجعل حالة الرعاية قائمة بينهما
ويكفى لتوافر مسئولية الأب عن فعل ولده مسئولية مفترضة طبقا للمادة
١٥١ فقرة ثانية باعتباره راعيا له بصرف النظر عن سن الولد (*) .

(*) وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى بوجهة النظر هذه في المادة
٢٤١ من المشروع التمهيدى المطبوع سنة ١٩٤٠ ، وكان نصها كما يأتى :
« كل من يجب عليه ، قانونا أو اتفاقا ، رقابة شخص في حاجة الى الرقابة
بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض
الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا
الالتزام قائما حتى لو كان من وقع منه العمل الضار شخصا غير مميز . »
وقد أخذ التقنين المصرى الجديد بالفكرة الاساسية في هذا الراى حيث
نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ منه على ان « يعتبر القاصر في حاجة الى
الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على
تربيته » فاعتبر الصغير في رعاية أبيه قانونا حتى يبلغ الخامسة عشرة
وسواء كان يقيم معه أو لا ، ما لم يثبت أن الولد كان وقت ارتكابه الفعل الضار
في رعاية شخص آخر كالأم في أثناء حضانتها ولدها ، وكالمربي أو المدرس
أو معلم الحرفة أثناء وجود الولد في رعايتهم . أما بعد هذه السن وإلى أن
يبلغ الصغير سن الرشد فقط — لان النص خص القاصر بهذا الحكم — فلا
يعتبر في رعاية أبيه الا اذا كان يعيش في كتفه . ومعنى ذلك أن يكون الصغير
يعول في معيشته على أبيه ويخضع لآمرائه ولو لم يكن مقبيا معه .
ويبين من ذلك أن التقنين الحالى يشترط في مساءلة الأب مسئولية
مفترضة عن أعمال ولده غير المشروعة أن يكون الولد قاصرا وقت ارتكابه =

٤ — مسؤولية الأب عن أعمال ابنه ، ومتى تنتهي ؟ (*) :

نصت المادة ١٥١ فقرة ثانية مدنى على مسؤولية الشخص عن هم تحت رعايته . وقد طبقت المحاكم ذلك على مسؤولية الأب عن أعمال ابنه المشمول برعايته ، ولكنها اختلفت فيما يتعلق بسن الولد التى تنتهى ببلوغه اياها مسؤولية أبيه عن أعماله ، فذهب فريق الى أن مسؤولية الأب تمتد مادام الولد فى رعايته ولم يبلغ سن الرشد القانونى وهى احدى وعشرون سنة ، وذهب فريق آخر الى أن هذه المسؤولية تنتهى بانتهاء الولاية على النفس أى ببلوغ الولد سن الخامسة عشر على أكثر تقدير . وقد أيدت محكمة النقض هذا الفريق الأخير بحكمها الصادرين فى ١٩٤٣ وفى ٣ مايو ١٩٤٣ اللذين علقنا عليهما فى حينهما (١٧ مكرر) وقلنا ان هذا الرأى لا يتفق مع القانون ولا مع العدالة ، لأن القانون لم يشترط الا أن يكون مرتكب الفعل الضار فى رعاية غيره حتى يسأل عنه هذا الغير ، ولأن العدالة تأبى أن يفلت الأب من المسؤولية عن أعمال ولده الضارة بمجرد بلوغ الولد البلوغ الذى تنتهى به الولاية على النفس وقد يكون ذلك فى سن لا تتجاوز الثانية عشرة واعتبرنا مجرد وجود الولد

== هذه الاعمال وخاضعا لرقابته قانونا او فعلا . كما يبين ان القانون يعتبر الولد فى رعاية أبيه قانونا حتى يبلغ الخامسة عشرة . أما بعد ذلك فلا بد ان يثبت ان الولد كان لازال فى كف أبيه أى انه مازال خاضعا فعلا لرقابته . ومتى ثبت ذلك تعين على المحكمة ان تأخذ بمسؤولية الأب المفترضة دون حاجة الى اثبات خطئه ، والا فان حكمها يكون متعين بالنقض ولو تذرعت فيه بعدم ثبوت أى خطأ فى جانب الأب وليس معنى ذلك ان الأب لا يسأل عن أعمال ولده بمجرد بلوغ الأخير سن الرشد ولو كان مجنونا أو معتوها ، اذ ان القانون كما فرض على بعض الاشخاص واجب رقابة غيرهم ممن يكونون فى حاجة الى الرقابة بسبب صغر سنهم فرضه أيضا بالنسبة الى من تكون بهم عاهة عقلية أو جسمية تجعلهم فى حاجة الى الرقابة . ومن البدهى ان يقع واجب رقابة البالغ المجنون أو المعتوه فى الاصل على عائق أبيه ، ما لم يثبت هذا انه قد وضع ولده المذكور فى رعاية شخص آخر وتحت رقابته .

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٩ عدد مارس ويونيه ١٩٤٩ .

(١٧ مكرر) انظر ما تقدم فى ص ٣٦٢ وما بعدها .

في رعاية أبيه كافيًا لمساعدة الوالد عن أعمال ولده بقطع النظر عن سن الولد (أنظر القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ وما بعدها ، يراجع ما تقدم في ص ٣٦٢ وما يليها) .

والظاهر أن المحاكم الابتدائية والاستئنافية لم تقتنع بعد بالرأى الذى أخذت به محكمة النقض فى الحكمين المذكورين ، فقد ذهبت محكمة الاستئناف فى حكم حديث لها الى الرأى الآخر وقالت فيه انه بالنسبة لما دُفع به المسئول عن الحقوق المدنية (الأب) الدعوى المدنية المرفوعة عليه من بلوغ المتهم السن التى لا يجوز معها اعتباره مسئولاً عنه ، ثالثاً أن المتهم كانت سنه وقت ارتكاب الفعل الضار بين ١٧ و ١٨ سنة وحيث انه وان كان المتهم قد تجاوز حد الولاية على النفس الا أنه لا يزال فى كنف والده وهو الذى ينفق عليه فى استكمال دراسته وفى معيشته اجمالاً . ومن مال الوالد استأجر الولد الموتوسيكل الذى ارتكب به هذا الحادث مما يستوجب مسئولية الوالد مدنيا لعدم قيامه بواجب رعاية المتهم . وملاحظته الملاحظة التى تمنعه من التورط فيها وقع فيه ، ولذلك يكون مسئولاً فى حدود المادة ١٥١ مدنى اذ أن المتهم لم يبلغ بعد سن الرشد القانونى » . (أنظر حيثيات هذا الحكم فى صلب حكم النقض الآتى ذكره) .

وهذا الذى أخذت به محكمة الاستئناف يتفق الى حد كبير مع الرأى الذى قلنا به فى تعليقاتنا السابقة .

غير أن محكمة النقض ثبتت على قضائها السابق ، ونقضت هذا الحكم بحسبة واحدة قالت فيها : « وحيث ان الحكم المطعون فيه قد أخطأ اذ اعتبر الوالد مسئولاً عن عمل ابنه بعد أن كان هذا قد تجلوز الخامسة عشرة من عمره وقت ارتكاب الواقعة لأن الحفظ بالنسبة الى الصغير مرتبط بالولاية على النفس وينتهى بانتهائها » . (نقض جنائى ١٧ فبراير ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ - ٢٧ - ٢١) .

ولأن هذا الحكم لم يأت بأسباب جديدة غير الأسباب التي عندناها في تعليقاتنا السابقة نكتفي بالإشارة إليه مع التنبيه إلى أن المشرع ذهب في التقنين المدني الجديد مذهباً يختلف عن رأى محكمة النقض وهو أقرب ما يكون إلى الرأى الذى قلنا به فى ظل القانون الملقى ، وقد نص على ذلك فى المادة ١٧٣ مدنى جديد التى تقضى بأن : « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز ، ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته ... » .

وظاهر من هذا النص أنه يعتبر الولد فى رعاية أبيه بقوة القانون إلى أن يبلغ الخامسة عشرة ، فيسأل عنه أبوه ولو كان الولد خارجاً بالفعل عن سلطة أبيه لأن الأب يكون فى هذه الحالة الأخيرة مقصراً فى عدم الاحتفاظ بسلطة الرقابة على ابنه . أما إذا بلغ الولد الخامسة عشرة فلا يسأل عنه أبوه إلا إذا ثبت أن الولد بقى فى كنف أبيه أى ظل خاضعاً لرعايته . وغنى عن البيان أن عبء اثبات ذلك يقع فى هذه الحالة الأخيرة على المدعى بالتعويض ، فيكون الأصل أن الأب غير مسئول عن ابنه الذى جاوز الخامسة عشرة ما لم يثبت المدعى أن الولد بقى رغم تجاوزه هذه السن عائشاً فى كنف أبيه أى خاضعاً لرعايته .

(ب) مسئولية المربى ومسئولية المدرسة

١ — مسئولية المربى عن أعمال تلامذته وأثر ظرف المفاجأة فى تعدى تلميذ على زميل له (*) : نصت المادة ١٥١ فقرة ثانية / ٢١٣ مدنى على إلزام الإنسان بتعويض الضرر الناشئ للغير عن إهمال من هم تحت

(*) منشور بجريدة القانون والاقتصاد س ٧ عدد أبريل ١٩٣٧ ص ٦٥١ وما بعدها .

رعايته ، أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم ، ولم تبين الأشخاص الذين يسألون عن أفعال الغير كما بينتهم المادة ١٣٨٤ فرغى ، ولكن الفقه والقضاء في مصر لم يترددا في تقرير مسئولية الأشخاص الذين ذكرتهم المادة الفرنسية (وهم الأب والأم ، والمربي ، ورب الحرفة ، والمخدوم ، والسيد) بالاستناد الى النص العام ، الذى ورد في المادة المصرية (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٣ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ١٩) •

والاجماع منعقد على أن النصوص الفرنسية والمصرية التى قررت ذلك انما أنشأت قرينة قانونية بسيطة يجوز اسقاطها بالدليل العكسى ، وهو دليل انتفاء الخطأ أو انتفاء السببية ، فيما عدا مسئولية المخدوم والسيد (انظر المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية ص ١١٥) ، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ، والمحاكم المصرية طبقت حكم هذه الفقرة مع عدم ورود نصها في مجموعة القوانين المصرية (استئناف مصر ١٣ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٢٣٩ - ١٢٨ ، ٣١ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٩٩٠ - ٤٩٤ ، أسيوط الابتدائية ٨ نوفمبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ - ٤٢٥ - ٢٢٢ ، نقض مصرى مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ - ١ - ١٩٨ - ٩٤ • وانظر عكس ذلك الاسكندرية الأهلية (جنح مستأنفة) ٢٦ يونيه ١٩٢٩ المحاماة ١٠ - ١٠١ - ٣٨) (١٨) •

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة الزقازيق الكلية في ٢٥ فبراير ١٩٣٥ (المحاماة ١٦ - ٧٤٠ - ٣٤٢) بنفى المسئولية عن المربي لثبوت عدم تقصيره في رقابة تلامذته وقت الحادث ، وأضافت الى ذلك أيضا انتفاء السببية بين وقوع الحادث وبين ما يمكن تصور حصوله من تقصير في الرقابة من جهة المربي • فقالت بعد أن أثبتت قيام المربي بواجب الرقابة

على الوجه الأكمل : « انه من المقرر أن مسؤولية الانسان عن تعويض الضرر الناشئ عن أعمال من هم تحت رعايته أساسها الخطأ من جانب ذلك الانسان ، أى انه لا مسؤولية الا اذا كان هناك اهمال أو تقصير فى الرقابة ، وكانت هناك علاقة ارتباط مباشرة بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التعويض . والحادث (فى واقعة الدعوى الحالية) ما كان متوقعا ولا ممكنا اتقاؤه وتلافيه أو التكهّن بوقوعه ، لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، فالجنى عليه وقف ، يذاكر بعد انتهاء اللعب هما كان من المتهم الذى كان واقفا بالقرب منه مع بعض زملائه الا أن باغته وأخذته على غرة فأوقعه ، (وأحدث كسرا بذراعه) ، وما كانت الرقابة لو تصورناها فى أشد صورها لتحول دون وقوع ذلك الحادث ، إذ أنها فكرة خطرت بذهن المتهم لا سلطان لأحد عليها غير ارادته ولا سبيل الى استطلاعها قبل تنفيذها ، وقد جاء تنفيذها سريعا لم يسمح بالحيولة دون تمامه ، وحصول الحادثة على هذا النحو من السرعة والمفاجأة معناه أنها كانت تتقعر مهما كانت الرقابة شديدة وحازمة ودقيقة ، إذ ما كان يمكن تلافيتها بحال ، ومفهوم من ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادثة ، بل كان وقوعها محتملا ولو مع الرقابة الشديدة » .

وقد كان فى وسع المحكمة أن تكفى بمجرد ثبوت انتفاء الخطأ وقيام المربى بواجب الرقابة على الوجه الأكمل ، ولكنها أحسنت صنعا إذ أضافت الى هذا السبب الذى هدمت به ركن الخطأ المفترض اللازم لقيام المسؤولية ، سببا آخر هدمت به ركن السببية لأنها رأت وجوب اجتماع هذين السببين من أسباب دفع المسؤولية ، بل لأنها أبرزت أثر انتفاء السببية فى دفع المسؤولية ، إذ كثيرا ما يغفل الباحثون أمره مع أنه أبعد مدى من أثر مجرد انتفاء الخطأ (راجع فى شأن ذلك سليمان مرقس فى نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٠٠ وما بعدها و ص ١٥٣ وباللغة الفرنسية ص ٩٦ و ١١٧) .

٢ — مسؤولية المعلم المفترضة وجواز دفعها بأثبات وقوع الحادث مفاجأة (*) :

قررت محكمة النقض في ٢١ أكتوبر ١٩٤٦ أن : « ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة كانت نتيجة حادث فجائي ليتخلص من المسؤولية الا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروضة عليه » (مجموعة عاصم للنقض المدني ١ ص ٤٠ رقم ١٠ المحاماة ٢٧ ملحق مدني ٣٨٦ — ١٦٠) .

وظاهر أن تقرير المبدأ بهذا الشكل يجب أن يكون محل نظر . ذلك أن مسؤولية المعلم ومسئولية المرء عنهم تحت رعايته بوجه عام اما أن تقوم على القواعد العامة فيجب فيها اثبات خطأ المسئول ، واما أن تقوم على النص الخاص الذي يجعل هذه المسؤولية مقررة ابتداء ومستتدة الى افتراض الخطأ في الرقابة وافتراض السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر (المادة ١٥١ فقرة ثانية) . فإذا بنيت المسؤولية على القواعد العامة وثبت فيها خطأ المسئول ورابطة السببية بين هذا الخطأ والضرر ، فلا محل بعد ذلك للتذرع في دفعها بوقوع الحادث مفاجأة . أما اذا بنيت المسؤولية على أساس الخطأ والسببية المفترضين ، فإنه يكفي في دفعها بأحد أمرين : اما نفى الخطأ واما نفى السببية . ويكون نفى الخطأ باقامة المربي أو المعلم الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب الرقابة ، ويكون نفى السببية باقامة الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعا ولو لم يحصل من المعلم أو المربي خطأ في الرقابة ، أي على أن الخطأ المفروض في جانبه لم يكن هو السبب في حدوث الضرر (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١١٨) .

وقد أثير أمام محكمة النقض في قضية سابقة البحث فيما اذا كان يجوز للمربي أن يدفع مسؤوليته بأن الحادث وقع مفاجأة ، وكانت محكمة

الموضوع قد أجازت ذلك ، فطعن في حكمها بأنه أخطأ في تفسير القانون وتطبيقه بأن نفى المسؤولية عن ناظر المدرسة بحجة أن الحادثة وقعت فجأة مع أن القانون المصرى لم يأخذ بما أخذ به القانون الفرنسى من اعتبار المفاجأة سببا معفيا من المسؤولية المدنية : فحكمت محكمة النقض بتاريخ ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ : « بأن زعم المدعى المدنى بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها في القانون المصرى سببا للاعفاء من المسؤولية المدنية ما لم ينص عليها فيه ، لا يعبأ به اذ الأمر ليس بحاجة الى نص خاص بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر ، وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ ، وان القول بحصول الحادث فجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة ، اذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم من ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (المحاماة ١٥ — ١ — ١٩٨ — ٩٤ وقد حكمت بذلك أيضا محكمة الزقازيق الكلية فى ٢٥ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ — ٧٤٠ — ٣٤٢ واستندت فى ذلك الى حكم النقض سالف الذكر) •

ويخلص من ذلك أن محكمة النقض تعتبر أن اثبات وقوع الحادث مفاجأة دليل على انتفاء السببية بين الخطأ المفترض ووقوع الفعل الضار ، وأن ذلك يكفى وحده لدفع مسؤولية المربى المفترضة دون حاجة لاقامة المربى الدليل على أنه قام بواجب الرقابة المفروضة عليه . وهذا هو الذى يتفق مع المبادئ العامة ومع الأساس الذى تقوم عليه مسؤولية المربى المفترضة •

فهل قصدت محكمة النقض بما قررته فى حكمها محل هذا التعليق أن تحيد عن المبادئ التى سبق أن قررتها فى سنة ١٩٣٤ ؟ لا شك عندى فى أنها لا يمكن أن تكون قد قصدت ذلك ، والغالب أن عبارتها الأخيرة متأثرة بوقائع الدعوى التى كانت معروضة عليها ، ويعوزها شيء من

الحققة والتحديد يجعلها تستقيم مع المبادئ العامة وتتفق مع القضاء السابق .

وتلخص وقائع الدعوى في أن عز الدين أفندي المدرس أعطى التلميذ عبد العظيم ورقة وكلفه أن يكتب فيها أسماء التسلاميذ الذين يحدثون الضجة والغوغاء ، فأحدث التلميذ محمد عبد الوهاب الضجة ، فأندره عبد العظيم أنه سيكتب اسمه فغضبه محمد عبد الوهاب عمدا بالبريشة في عينه اليمنى ، وقد اعتبرت المحكمة المدرس مخطئا في تكليف التلميذ عبد العظيم وهو لم يبلغ السابعة من عمره بالمراقبة وبكتابة أسماء زملائه المشاغبين ، وأن هذا التكليف كان السبب في الحادث اذ هو من شأنه أن يثير حفيفة التلاميذ المشاغبين ، ثم خلصت الى القول بمسئولية المدرس طبقا للمادة ١٥١ مدنى ، ولمسئولية الوزارة طبقا للمادة ١٥٢ مدنى ، وتمسكت الوزارة بأن الحادث وقع مفاجأة ، ولم ترد محكمة الاستئناف على ذلك فطعنن الوزارة في الحكم ، وردت محكمة النقض على هذا الطعن بالعبارة التى صدرنا بها هذا التعليق .

ويبين من ذلك أن محكمة النقض كانت في الحكم محل هذا التعليق في صدد مسئولية مبنية على خطأ وسببية ثابتين وفقا للقواعد العامة ، لا في صدد مسئولية مفترضة تقوم على خطأ وسببية مفروضين ويجوز دفعها بنفى الخطأ أو نفى السببية . فهى اذن قررت أن ليس للمعلم أن يتمسك بأن الحادثة نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسئولية الا اذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروض عليه ، الأمر الذى لم يثبت في هذه الدعوى بل ثبت عكسه . وانما قصدت المحكمة بذلك : « أن ليس للمعلم أن يتمسك بالمفاجأة متى ثبت أنه مقصر في واجب الرقابة » .

وهذا لا ينفى صحة ما سبق أن قررته محكمة النقض في سنة ١٩٣٤ من أن مسئولية المربى المفترضة كما يجوز دفعها بنفى الخطأ يجوز أيضا بنفى السببية ، وبخاصة باقامة الدليل على أن الحادث وقع مفاجأة .

(ج) مسؤولية المدرسة عن ضمان سلامة التلاميذ في رحلة مسئولية تعاقدية (*) :

نظمت مدرسة جمعية الايمان رحلة لتلاميذها في المدرسة الابتدائية، وكلفت خمسة من مندوبيها مرافقة التلاميذ في هذه الرحلة وملاحظتهم في أثنائها . ولما جاء وقت الغداء جلس المندوبون والتلاميذ تحت جميزة كبيرة لياكلوا . وفي أثناء ذلك وصل اليهم خبر بأن أحد التلاميذ سقط من فوق ربوة عالية ، فهرعوا الى الجهة المعنية ، فوجدوا التلميذ مضرجا بدمائه ، فاقد النطق وأعقبت ذلك وفاته .

وقد قضت محكمة استئناف مصر في ذلك بتاريخ ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ — ١١٦٦ — ٤٩٣) (٢٠) بأن ادارة المدرسة التي ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم . وعلى ذلك فهي ضامنة سلامتهم وردمهم اليهم وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم في هذه الرحلة مسئولية تعاقدية تترتب عليها بمجرد اصابتهم ، وعليها هي يقع عبء اثبات عجزها .

وقد أصابت المحكمة في تكييف هذه المسئولية بأنها تعاقدية ، كما أصابت من الناحية الموضوعية في الزام المدرسة بالتعويض عن هذا الحادث ، حيث قد ثبت الخطأ على مندوبي المدرسة في اغفالهم ملاحظة هذا التلميذ وفي عدم التحقق وقت جلوسهم للغداء من أن كل التلاميذ موجودون معهم . ولكنها من الناحية القانونية لم تكن موفقة إذ قررت أن ادارة المدرسة لا تخلص من مسئوليتها (٢١) في هذه الحالة

(*) منشور بجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد مارس وابريل ومايو ١٩٤٣ ص ٢٤٤ وما بعدها .
(٢٠) انظر أيضا استئناف مصر ٧ ابريل ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ٨٩ —

(٢١) يراجع في ذلك مؤلفنا في المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية سنة ١٩٧١ ص ٥٥ وما بعدها .

الا بإقامتها هي الدليل على عذرها » بأن تثبت — حسب أقل آراء الفقهاء تشددا في هذا الصدد — أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقصيرا لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للعلميذ » . وقد أشارت المحكمة في ذلك الى كتاب مصطفى مرعى في المسؤولية المدنية فقرة ١٨٨ والى ما ورد ذكره في تلك الفقرة من مراجع فرنسية .

ووجه مجانبية المحكمة للصواب في هذا الذي قرره أخيرا أنها اذ كيفت بحق مسؤولية المدرسة في هذه الحالة بأنها مسئولية تعاقدية كان يجب أن تقرر ان المدرسة لا يجوز لها دفع هذه المسؤولية الا بإقامة الدليل على أن الحادث وقع بسبب أجنبي عنها (أى بقوة قاهرة أو بخطأ المصاب نفسه) طبقا لما نصت عليه المادة ١١٤٧ فرنسى ولما جرى اجماع الفقه والقضاء في مصر على تفسير المادة ١١٩/١٧٧ به . أما قولها ان المسؤولية التعاقدية يجوز للمدين دفعها بمجرد نفي الخطأ عن نفسه فانه مخالف للقانون ولا يصح الأخذ به بأى حال (راجع في هذا الموضوع بحثا مطولا لنا في كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٧٩ وما بعدها ، وعلى الأخص ص ١٠٩ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية من ص ١٠٧ الى ص ١١٢) .

وهذا هو رأى جميع الشراح المصريين ، فضلا عن الفرنسيين ، ومن بينهم الأستاذ مصطفى مرعى الذى استندت اليه المحكمة خطأ غيما ذهبت اليه ، فانه يقرر في عبارة صريحة لا تحتل لبسا ولا تأويلا أن « الوفاء بالالتزام واجب يفرضه العقد على الملتزم ، فإذا تراخى فيه أو امتنع عنه فهو مقصر بمجرد تراخيه أو امتناعه . وعليه أن أراد التخلص من التبعة عن هذا التقصير أن يقيم الدليل على عذره ، وهو لا يعذر الا اذا أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ ما التزم به انما يرجع الى حادث جبرى أو قوة قاهرة أو يرجع الى خطأ غريمه وحده » (أنظر مصطفى

مرعى ص ٣ نبذة ٥ ، وأيضا فتحي زغلول ص ٢١٩ ، وهالتون ج ١ ص ٢٦٧ ، والسنهوري في كتاب العقد ص ٩٥٥ نبذة ٨٥١ ، و ص ٩٦٢ نبذة ٨٥٧) •

ويظهر أن المحكمة ما وقعت في هذا الخطأ إلا لأنها خلطت بين مسؤولية المدرسة مسؤولية تعاقدية عن سلامة التلاميذ الذين عهد بهم إليها ، ومسئوليتها مسؤولية تقصيرية عن الأضرار التي تقع من التلاميذ الموكولين إلى رعايتها ، فإن هذا النوع الأخير من المسؤولية هو الذي يجوز دفعه بمجرد نفي الخطأ ، وهو الذي وردت بشأنه الفقرة ١٨٨ من كتاب مصطفى مرعى التي استندت إليها المحكمة حيث يقول فيها المؤلف عن مسؤولية المعلمين وأرباب الصنائع عن أفعال من هم تحت رعايتهم من تلاميذ أو صبيان : « ان الرأي الراجح الذي تؤيده كثرة الشراح والذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية يقضى بأن المعلم يخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الملاحظة المفروض عليه على وجه مرض ، وان تقصيرا لم يقع منه ، وان أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث الذي ترتبت عليه المسؤولية » •

وكان جديرا بها بعد أن غطت الخطوة الأولى بتكليف مسؤولية المدرسة في هذه الحالة بأنها مسؤولية تعاقدية ، أن ترتب على هذا التكليف نتيجته الطبيعية ، بدل أن تستعير له ما يترتب على المسؤولية التقصيرية ، فتشترط أن يكون دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي ، لا أن تقرر أن مجرد نفي الخطأ يكفي لذلك (راجع في أهمية التفرقة بين اثبات السبب الأجنبي وبين مجرد نفي الخطأ كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٨٥ وباللغة الفرنسية ص ٧٥) •

٢. — مسؤولية السيد والمتبوع عن فعل تابعه

(١) في تعيين مدى مسؤولية السيد عن فعل تابعه (❖) :

نصت المادة ١٥٢ أهلى / ٢١٤ مختلط / ١٣٨٤ فقرة ثالثة مدنى
فرنسى على مسؤولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى
كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم *en exécutant leurs fonctions*
وهذه العبارة من القانون المصرى يقابلها فى القانون الفرنسى عبارة :
dans les fonctions auxquelles ils les ont employés

ويلزم لتطبيق هذا النص أن تتوافر أولا عناصر مسؤولية التابع ،
فيصبح السيد مسئولا معه مدنيا ازاء المصاب متى كان خطأ التابع واقعا
منه فى حال تأدية وظيفته (أى خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات *faute dans l'exercice même de la fonction*) • (راجع كتابنا فى نظرية دفع
المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٤٠٢ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية
ص ٤٢٢) •

ويرى فريق كبير من الشراح المتقدمين والحديثين أن مسؤولية
السيد يجب أن تقف عند هذا الحد ، أما اذا كان خطأ التابع وقع منه فى
عمل لا يدخل فى ضمن وظيفته ، فلا يسأل عنه سيده ، وذلك لأن أساس
مسؤولية السيد خطؤه المفترض فى اختيار تابعه أو فى توجيهه ورقابته ،
ولا محل لافتراض هذا الخطأ اذا كان عمل التابع وقع منه خارج حدود
وظائفه (يراجع ما يلى فى ص ٣٩٣) •

غير أن القضاء بالرغم من تسليمه بأن أساس مسؤولية السيد
خطأ مفترض فى جانبه ، لم يقف بهذه المسؤولية عند حد الخطأ فى تأدية
الوظيفة بالذات ، بل توسع فيها كثيرا ، توسعا أصبح يتعذر معه القول

(❖) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٣ عدد يناير وفبراير
١٩٤٣ ص ١٥٥ وما بعدها .

بأن هذه المسئولية تتركز على أساس الخطأ . فحتى ان بعض الشراح الأكثر تحمسا لا يعتبر الخطأ أساسا للمسئولية بوجه عام اضطروا للتسليم بأن مسئولية السيد قوامها تحمل التبعة .

وقد أقر القضاء كثير من الشراح على بعض ما ذهب اليه من توسع ، ولم يقرروه على البعض الآخر .

وقد أصدرت محكمة النقض والابرار المصرية حكيمين حدين في هذا الشأن أحدهما بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ (المحاماة ٢١ - ١٩ - ١٨) (٢٢) والثاني بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ (المحاماة ٢١ - ٨٥٢ - ٣٥٩) قررت فيهما المبادئ الآتية :

أ - ان القانون اذ نص في المادة ١٥٢ مدنى على الزام السيد بتعويض الضرر الذى يصيب الغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم انما قصد بهذا النص المطلق أن يحمل المخدم المسئولية المدنية عن الضرر الناتج عن كل فعل غير مشروع يقع من تابعه ، وذلك على الإطلاق اذا كان الفعل قد وقع في أثناء تأدية الوظيفة ، بغض النظر عما اذا كان قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدم ، وعما اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها .

ب - واذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية الوظيفة بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على اتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أساس اساءة خدمه استعمال الشئون التى عهد هو بها اليهم ، متكفلا بما اغترضه القانون في حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها .

وقد جاء في حيثيات أحد الحكمين ما يأتى : « ان القانون لا يشترط

لتحميل المخدم المسؤولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل — كما ذهب إليه الحكم المطعون فيه — داخلا في طبيعة الوظيفة التي عهد بها الى التابع أو أن يقع منه بصفته هذه • بل يكتفى في تقرير هذه المسؤولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هي التي ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها « ٥٥٥ » « لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة (الأخيرة) على أساس اساءة الخدم استعمال الشئون التي عهد هو بها اليهم ٥٥٥ » (المحاماة ٢١ ص ٢١ و ص ٢٢) •

ويظهر من مجموع هذه العبارات أن محكمة النقض والابرام لم تقصد بالفعل الذي يقع من التابع « في أثناء تأدية الوظيفة » الأعمال التي تدخل بطبيعتها في حدود الوظيفة كما جرت على ذلك في أحكامها السابقة (٢٣) ، وانما قصدت الأعمال التي تقع من التابع في الوقت الذي يقوم فيه بوظيفته سواء أكانت تلك الأعمال داخلة في ضمن أعمال الوظيفة أم غير داخلة فيها (٢٤) ويستفاد ذلك : (أولا) من قولها « ان القانون لا يشترط لتحميل المخدم المسؤولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا في طبيعة الوظيفة ، بل يكتفى في تقرير هذه المسؤولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة ٥٥٥ » ، و (ثانيا) من المقابلة التي أجرتها محكمة النقض بين الفعل الذي وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته ، والفعل الذي وقع منه في غير تأدية وظيفته أى الذي لم يقع منه في وقت تأدية وظيفته بالذات •

(٢٣) أنظر نقض جنائي ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ١٤ ص ٢٩ ، ٦ مارس ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ٢٢٦ ص ٢٧٨ ، ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ٢٥٣ ص ٣٠٣ ، ١٠ أبريل ١٩٣٣ (حكيم) مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ رقم ١٠٣ و ١٠٤ ص ١٥٤ و ص ١٥٥ ، ٨ نوفمبر ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٤ رقم ١٠٦ ص ٩٠ ، ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٧٠٢ رقم ٣٠٧ ، ٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ — ١٩٧ •

(٢٤) قارن في هذا المعنى أيضا نقض جنائي ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٤٢٠ — ٢١٩ •

ونستطيع بعد هذه الملاحظة أن نركز نظرية محكمة النقض، في
النقط الآتية :

أ. — ان السيد يسأل عن فعل تابعه ، سواء أكان ذلك الفعل خطأ في
تأدية الوظيفة بالذات *faute dans l'exercice même de la fonction*
أم كان اساءة لاستعمال شئون الوظيفة أو تجاوزا لحدود الوظيفة
abus de la fonction.

ب. — ان مجرد وقوع الخطأ من التابع في وقت تأدية وظيفته يجعل
السيد مسئولا على الإطلاق ، أى في جميع الأحوال وبغض النظر عن
البواعث التي دفعت التابع الى ارتكاب خطئه .

ج. — ان ما يقع من التابع في غير وقت تأدية وظيفته يعتبر اساءة
لاستعمال شئون الوظيفة اذا كانت الوظيفة قد ساعدت التابع على
ارتكابه ، وتترتب عليه مسؤولية السيد ، مسؤولية يصح في تقريرها
النظر الى البواعث التي دفعت التابع الى ارتكاب الخطأ .

وقد رأينا أن نعرض لهذه المبادئ على ضوء ما قرره الشراح
والأحكام السابقة لكي نتبين مدى ما ذهبت اليه محكمة النقض في هذين
الحكمين .

مناقشة المبادئ

**مسئولية السيد عن الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، وعن الخطأ
في تجاوز حدود الوظيفة :** قررت محكمة النقض أن مسؤولية السيد
لا تقتصر على خطأ التابع في تأدية وظيفته فحسب ، بل تشمل أيضا
اساءة التابع استعمال شئون الوظيفة . وقضائها بذلك يتفق مع
أحكامها السابقة (٢٥) . ويطابق ما جرى عليه القضاء الفرنسي (٢٦) ، وما

(٢٥) نقض جنائي ٢٢ مارس ١٩٢٧ مجموعة القواعد القانونية الجنائية
٤ — ٥٦ — ٦٢ والأحكام المشار إليها فيما يلي بنسبة الصور المختلفة =

أقره فريق كبير من الشراح (٢٧) .

ونحن نرى مع الفريق الآخر من الشراح أن مسؤولية السيد
مسئولية استثنائية ، وأن النص الذي قررها لا يجوز التوسع في تفسيره ،
وأنه لا شك في أن الفعل الذي يجاوز به التابع حدود وظيفته لا يمكن
اعتباره واقعا منه جال تأدية وظيفته ولا تنطبق عليه المادة ١٥٢ ، فضلا
عن أن اعتبار السيد مسئولا في هذه الحالة لا يستقيم مع القول بأن
اساس هذه المسؤولية خطأ مفروض في جانب السيد ، اذ لا يمكن أن يكون
السيد مطالبا برقابة تابعه خارج حدود الوظيفة (٢٨) .

وإذا قيل أن عبارة القانون المصرى في المادة ١٥٢ أعم من مثلثتها
في المادة ١٣٨٤ فرنسى وأنها تتسع لأكثر مما تتسع له هذه العبارة
الأخيرة (أنظر مصطفى مرعى في كتابه القيم في المسؤولية المدنية سنة
١٩٣٦ ص ٢١٣ نبذة ٢٢٣) ، فإن مصكمة النقض المصرية قد رفضت

= للتجاوز في حدود الوظيفة ، وأنظر أيضا استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر
١٩٢٢ ب ٣٦ ص ١٠٤ الفايت ١٥ — ٨٧ — ١٣٠ . وأنظر عكس ذلك نقض
جناى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحامة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ .
(٢٦) أنظر نقض فرنسى جناى ٢٤ يونيه ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢
نبذة ٢٢٣ الى ٢٣٦ ، وتعليقات موزييه هرمان على القانون المدنى طبعة سنة
١٩٢٨ ، المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٣٤ .
(٢٧) بيدان ج ٤ نبذة ١٢١٤ ، بودرى لاكتيزى ج ٤ نبذة ٢٩١٤ ،
جوسران ج ٢ نبذة ٥١٢ ، وكتاب النقل نبذة ٩٢٤ ، ديوج ج ٥ نبذة ٩١٩ —
٩٢٢ .

(٢٨) ديولومب ج ٣١ نبذة ٦١٣ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٣٨٢ ، هيك ج ٨
نبذة ٤٤٩ ، اوبري ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠١ نبذة ٤٤٧ ، رو Roux
في مجلة سبرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧ ، اسمان في المجلة الانتقادية ١٩٢٤ ص
٢٠١ ، بلانيول وريبير واسمان ج ٦ نبذة ٦٥٠ ، سورد ج ٢ ص ١٢٥ نبذة
٩٠٠ ، مازو ج ١ نبذة ٩١١ و ٩١٢ ، بيرسون ودى فيليه ج ١ ص ٢٦١ .
و ص ٢٧٥ ، دى باج ج ٢ نبذة ٩٨٩ ، بهجت بدوى في رسالته ص ١٦٩ ،
وأنظر في هذا المعنى نقض جناى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحامة ١٢ — ١٠٥ —
٥٩ مجموعة القواعد الجنائية ج ٢ ص ٢٧٨ رقم ٢٢٦ ، وراجع كتابنا في
نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٤٠٥ وباللغة الفرنسية ص ٤٢٧ .

الأخذ بذلك اذ قررت أخيراً بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ (٢٩) أن العبارةتين مؤداهما واحد ، لا فرق بينهما الا من حيث اختيار الشارع المصرى تعبيراً أكثر دقة فى الدلالة على المعنى المقصود .

غير أننا ازاء اطراد الأحكام عندنا وفى فرنسا على اعتبار السيد مسئولاً حتى عن تجاوز تابعه حدود الوظيفة ، لا يسعنا الا أن نسلم بذلك ، لا على أنه يدخل بطبيعته فيما نص عليه القانون ، بل على اعتباره امتداداً لمسئولية السيد اقتضاء تطور الحياة العملية ، وأملى على المحاكم ضرورة الأخذ به تحقيقاً للعدالة . وليس هذا التوسع القضائى فى المسئولية المدنية الأول ولا الأخير من نوعه .

وإذا كان الشراح قد اختلفوا فى تعيين الأساس الذى ترتكز عليه مسئولية السيد عن خطأ تابعه الذى يقع منه فى تأدية وظيفته بالذات ، فقال بعضهم ان أساس مسئولية السيد خطأ مفروض فى جانبه (٣٥) ، وقال آخرون بل هو فكرة تحمل التبعة أو نظرية الغرم بالغنم (٣١) ، وإذا كنا نؤيد الرأى الأول فى هذه الصورة من خطأ التابع (٣٢) لأنفسنا لا نستطيع ذلك فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته ، بل نرى أن مسئولية السيد فى هذه الحالة مسئولية مكملية لمسئوليته عن الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات أو ملحقة بها ، وأنها ترتكز لا على أساس من الخطأ المفروض فى جانب السيد ، بل على أساس من تحمل التبعة (أنظر روتسائرت ص ١٣٣ و ص ١٣٩) .

(٢٩) ملخص فى هامش المجموعة المدنية للاستاذ الكبير محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٤٢ ص ١٢٨ .
(٣٠) أنظر ديولومب فى العقود ج ٨ نبذة ٦١٠ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٥٧٠ ، بوسرى فى الالتزامات ج ٤ نبذة ٢٩١١ ، بيدان ج ٤ نبذة ١٢١١ ، روتسائرت ص ١٢٥ — ١٢٢ والمراجع الجديدة التى أشار إليها .
(٣١) أنظر كولان وكابيتان الطبعة السابعة ج ٢ نبذة ٢١٠ ، ديجوج ج ٢ نبذة ٨٨٢ ، جوسران ج ٢ نبذة ٥١٢ وتعليقه فى سبرى ١٩٣٤ — ١ — ٨ والمراجع العديدة التى ذكرها روتسائرت ص ١١٩ .
(٣٢) أنظر كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٠ وباللغة الفرنسية ص ١٢١ .

أهمية التفرقة بين الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ في تجاوز حدود الوظيفة : على أن الظاهر من أحكام محكمة النقض الفرنسية أنها لا تميز بين هذين النوعين من الخطأ ، وأنه يستوى عندها تكييف عمل التابع بأنه خطأ في تأدية الوظيفة أو تجاوز في حدود الوظيفة ، لأنها ترتب عليه في الحالتين نتيجة واحدة هي مسؤولية السيد بدرجة واحدة . وقد أدى بها ذلك الى عدم التدقيق في تكييف عمل التابع من هذه الناحية ، واقتصر هما على البحث فيما اذا كان هذا العمل يدخل في ضمن الأعمال التي تستتبع مسؤولية السيد أو لا يدخل فيها .

أما حكما النقض المصري موضوع هذا التعليق ، فيبدو أنهما يميزان بين نوعين من أخطاء التابع التي تترتب عليها مسؤولية السيد : أحدهما وهو ما يقع منه في الوقت المخصص لتأدية وظيفته (والظاهر أن محكمة النقض تعتبره خطأ في تأدية الوظيفة بالذات أو على الأقل ملحقا بهذا النوع من الخطأ) وترتب عليه مسؤولية السيد على الإطلاق ، أى بغض النظر عما اذا كان الفعل قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدوم ، وعما اذا كانت البواعث التي دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها . والثاني وهو ما يقع من التابع في غير الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بالذات ، ويعتبر اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، ولم ترتب عليه محكمة النقض تلك المسؤولية المطلقة التي رتبها على النوع الأول من الخطأ .

فاذا كان الأمر كذلك ، ظهرت أهمية التدقيق في تكييف عمل التابع بأنه خطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، فتترتب عليه مسؤولية مطلقة ، أو انه اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، فتكون المسؤولية عنه غير مطلقة ، كما تظهر أيضا أهمية تعيين الحد الأقصى الذي تنتهي عنده مسؤولية السيد .

الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات : يرى الدكتور بهجت بدوى أنه يشترط فيما يعتبر خطأ في تأدية الوظيفة أن يكون عملا داخلا بطبيعته في ضمن أعمال الوظيفة ، أن يقوم به التابع بصفته تابعا (بهجت بدوى في

رسالته عن مسؤولية السيد ص ١٦٦ ، والأستاذ رو Roux في تعليق بمجلة سيرى ١٩١٤ - ٢ - ١٧٧) ، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة الجنائيات في حكمها الذي نقضته محكمة النقض بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ (المحاماة ٢١ ص ٢٢) .

ويلاحظ على هذا الرأي أن عبارته عامة وأن الضابط الذي يعول عليه يحتاج هو نفسه الى التحديد .

ويعتبر الأستاذان هنرى وليون مازو — ومن رأيهما قصر مسؤولية السيد على حالات الخطأ في تأدية الوظيفة — هذا النوع من الخطأ متوافرا كلما أساء التابع تنفيذ التعليمات الصادرة اليه ، فيضيقان بذلك دائرة الخطأ في الوظيفة غاية التضييق (مازو ج ١ نبذة ٩٠٦) .

أما الأستاذان بيرسون ودى غيليه — وهما أيضا يريان قصر مسؤولية السيد على حالات الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات — فانهما يضيفان الى رأى الأستاذين مازو شرطا آخر ، هو أن يكون الخطأ وقع من التابع حال قيامه بعمل لحساب سيده ، وفي مصلحة سيده ، وبناء على تعليماته ، سواء أكان هذا الخطأ ناشئا عن القيام بذات الأعمال التي تفرضها الوظيفة على التابع ، أو عن سوء تنفيذ هذه الأعمال أو عن تقصير غيما يجب مراعاته عند القيام بهذه الأعمال من مهارة ودقة وحيلة ويقتطع (بيرسون ودى غيليه في المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٥ ج ١ ص ٢٧٦) .

والذى نستخلصه من هذه الآراء في جملتها ، أنه يعتبر داخلا في ضمن أعمال الوظيفة كل خطأ ايجابى أو سلبى فيما تفرضه الوظيفة من واجبات على التابع (قارن هالتون ج ١ ص ٣٦٢) ، ومثل ذلك أن يخالف المسائق اللوائح بتجاوزه السرعة المقررة ، أو بالسير على اليسار بدلا من السير على اليمين ، أو أن يترك السيارة في عهدة شخص أجنبى (نقض فرنسى ٦ مايو ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ - ٢ - ١٣٠) ، أو أن يخطئ

المرض بأن يعطى المريض سما بذل الدواء (استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩١٩ المجموعة ٢٢ — ٦٧ — ٣٦ ، ٢٩ مارس ١٩٢٠ المجموعة ٢٢ رقم ٦) ، أو أن يقصر عامل الجراح في حراسة سيارة مودعة لديه فتمسرق ، أو أن يقصر ساعى البريد في تسليم خطاب الى المرسل اليه فيفقده أو يختلسه (مصر الابتدائية استئناف ٢٨ أكتوبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١٧) ، أو أن يهتك سائق سيارة مدرسية عرض تلميذة عهد اليه في ايصالها الى منزلها ، أو أن يعهد الى خفيرين في حراسة صراف في ذهابه الى المركز ، فينتقضا عليه ويقتلاه في الطريق (استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ — ١١٥ — ١١٦) .

الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة : وباستقراء أحكام القضاء ولا سيما القضاء الفرنسى وجدنا أنه لجأ في التوسع في مسؤولية السيد الى صيغ مختلفة :

ففى بعض الأحكام يقرر أنه لا يشترط أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ في تأدية وظيفته بالذات ، بل يكفى أن يكون الخطأ قد وقع منه بمناسبة أعمال وظيفته (٣٣) ، وهو يقصد بذلك تارة الخطأ الذى يرتكبه التابع بسبب الوظيفة ، وتارة أخرى ما يقع منه في الوقت والمكان المعينين لتأدية الوظيفة ، وأحيانا ما تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكابه .

وفي أحكام أخرى يقرر مسؤولية السيد عما يرتكبه التابع بمناسبة تأدية وظيفته ولو كان في ذلك متجاوزا حدود وظيفته (٣٤) .
a l'occasion des fonctions meme s'il y a abus de fonctions

(٣٣) انظر بالنسبة للقضاء المصرى نقض جنائى ١٠ أبريل ١٩٣٣ حكمين في المحاماة ١٤ ص ٤ و ٥ رقمى ٣ و ٤ ، مجموعة القواعد الجنائية ج ٣ ص ١٥٤ — ١٥٥ رقمى ١٠٣ و ١٠٤ ، ٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٦٠٣ ، الاسكندرية الابتدائية ٤ ديسمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٩٤ — ٢٩٧ استئناف مخطوط ١ نوفمبر ١٩٣٢ (٤٥ — ٣٠) ، ١٤/٣/١٩٣٥ (٤٧ — ١٩٧) .

(٣٤) نقض فرنسى ٣٠ يناير ١٩٣٥ سبرى ١٩٣٥ — ١ — ١٤٤ ، ١٨ =

وقد توحى هذه الصيغة الأخيرة الى الذهن بادية الأمر أن الخطأ بمناصفة الوظيفة أدنى الى الخطأ في تأدية الوظيفة من الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة ، أو أن هذا النوع الأخير من الخطأ يغلب فيه أن لا يستتبع مسؤولية السيد . ولكن مما يقطع بعدم صحة هذا الإيحاء صيغة أخرى هي الأكثر ورودا في أحكام النقض الفرنسى تقرر أن السيد يسأل ليس فقط عن العمل الضار الذى يرتكبه التابع في تأدية أعمال وظيفته على الوجه الصحيح

dans l'exercice normal et régulier de ses fonctions

بل أيضا عما يقع منه بسبب تجاوزه حدود وظيفته (٣٥) .
mais encore de celui qui résulte de l'abus de ses fonctions

والذى نستنتجه من هذه الصيغ المختلفة أن المحاكم الفرنسية على الأخص يستوى عندها أن يعتبر فعل التابع خطأ واقعا منه بمناصفة وظيفته أو تجاوزا لحدود وظيفته لأنها في كلتا الحالتين ترتب عليه مسؤولية السيد بدرجة واحدة ، بل اننا اذا رجعنا الى وقائع تلك الأحكام وجدنا المحاكم تصف الفعل الواحد تارة بأنه واقع بمناصفة الوظيفة ، وأخرى بأنه تجاوز في حدود الوظيفة . ولا يبعد أن تصفه بأنه خطأ في تأدية الوظيفة بالذات مادامت هي لا تفرق في الحكم بين هذا النوع من الخطأ وغيره ، ولا تقصد بذلك إلا نتيجة واحدة هي الوصول الى تقرير مسؤولية السيد عن ذلك الفعل .

وقد حدا ذلك بعض الشراح أن يغلبوا الصيغة الأخيرة من الصيغ التى استعملتها المحاكم ، وأن يقولوا ان الخطأ في تجاوز حدود الوظيفة يشمل كل الصور التى يكون السيد مسئولا فيها عن فعل تابعه ماعدا حالة الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات .

= ديسمبر ١٩٣٣ سرى ١٩٣٤ — ١ — ١٠٧ ، ٣ أبريل ١٩٣٣ سرى ١٩٣٣ — ١ — ١٩٠ ، نقض مصرى ٢٢ مارس ١٩٣٧ مجموعة التواعد الجنائية ج ٤ — ٥٦ — ٦٢ .

(٣٥) انظر تعليقات فوزيه هرمان على القانون المدنى الفرنسى المادة ١٣٨٤ طبعة سنة ١٩٣٩ نبذة ٥٣٤ ، استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ — ١٠٤ الغازيت ١٥ — ٨٧ — ١٣٠ .

وقد ترتب على هذا النظر أن عبارة التجاوز في حدود الوظيفة أصبح لها معنيان : معنى خاص ضيق هو الذى قصدته المحاكم أولا ، ومعنى آخر عام يتسع ليشمل الأول ويشمل معه جميع صور الخطأ الذى يقع بمناسبة الوظيفة ، فيدخل فى ذلك ما يرتكبه التابع بسبب الوظيفة أو فى الوقت المخصص لها أو ما تكون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكابه .

وقد عرضت محكمتنا العليا للصورتين الأخبرتين فى حكمها محل هذا التعليق ، فوصفت الخطأ الذى تكون وظيفة التابع قد ساعدته على ارتكابه بأنه اساءة استعمال شئون الوظيفة تستوجب مسؤولية السيد ، ولم تكيف الخطأ الذى يقع من التابع فى الوقت المخصص للوظيفة ، ولكنها رتبت عليه مسؤولية أكثر اطلاقا ، مما يحمل على الاعتقاد بأنها اعتبرت هذا النوع من الخطأ أدنى الى الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات منه الى الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة . وبهنا أن نبحت هذا التكيف القانونى لنرى مقدار مطابقته للمبادئ المسلمة ، ولأحكام المحاكم السابقة ، ثم نعرض للصورة التى لم تعرض لها محكمة النقض فى هذين الحكمين ، وهى صورة الخطأ الذى يرتكبه التابع بسبب تأدية وظيفته ، ونحاول أن نعين فى النهاية ما يصح اعتباره تجاوزا فى حدود الوظيفة .

أيعتبر ما يقع من التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفته خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، أم على الأقل يعتبر تجاوزا فى حدود الوظيفة ؟

قد يستفاد من عبارات حكمى النقض أنها تعتبر ما يقع من التابع فى الوقت المعين لتأدية وظيفته خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، وذلك لأنها قابلت بينه وبين الخطأ الذى تكون وظيفة التابع قد ساعدته على ارتكابه ، فاعتبرت هذا الخطأ الأخير دون الأول اساءة لاستعمال شئون الوظيفة ، ولأنها فوق ذلك رتبت على النوع الأول من الخطأ مسؤولية السيد على الاطلاق . ولا شك فى أن اطلاق المسؤولية على هذا الشكل هو أقصى ما يمكن تصور ترتبيه على الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

وينبغي على ذلك أنى إذا أرسلت تابمى فى مهمة لى ، فصادف فى طريقه الى تلك المهمة غريما شخصيا له ، فقتله ، أكون مسئولا عن هذا القتل بغض النظر عن الباعث عليه ، لوقوعه من تابمى فى الوقت الذى كان يقوم فيه بوظيفته . غير أننا نستبعد كل الاستبعاد أن تكون محكمتنا العليا قد قصدت هذه النتيجة ، بل انه فى وسعنا بعد أن عرفنا الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات أن نقرر أن فعل التابع لا يدخل فى هذا النوع من الخطأ لمجرد وقوعه منه فى الوقت المعين لتأدية وظيفته (١٦) . ونستطيع أن نعرز هذا الرأى بما أوردته محكمة النقض فى بعض عبارات الحكيم المذكورين من « أن القانون لا يشترط لتحصيل المخدم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع . . . بل يكفى فى تقرير هذه المسئولية أن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة . . . » .

فهل يعتبر هذا الفعل على الأقل تجاوزا فى حدود الوظيفة ؟

قررت ذلك بعض المحاكم الفرنسية ، فقضت مثلا باعتبار السيد مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه أحد عماله اذ اشترك فى مشاجرة حدثت فى المصنع وفى الوقت المخصص للعمل وفقا عين زميل له (دوييه ١٢ يناير ١٩٠٣ سبرى ١٩٠٤ - ٢ - ٢٩٨) . وكانت المحاكم متأثرة فى ذلك بما اطرد عليه القضاء فى تفسير نص ورد فى قانون حوادث العمل الصادر فى ٩ أبريل ١٨٩٨ بالزام رب العمل بتعويض العمال عن الاصابات التى تلحقهم بسبب العمل وبهناجته *per le fait et à l'occasion du travail* حيث اعتبر القضاء أن هذه العبارة الأخيرة تشمل كل حادث يقع للعامل فى الوقت والمكان المخصصين لتأدية عمله ، ولو كان ناشئا عن ظروف أجنبية عن العمل غير الظروف التى تعتبر من فعل الطبيعة ، فحاست

(١٦) انظر فى هذا المعنى نقض فرنسى مدنى ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز الاسبوعى ١٩٢٧ ص ٤٠٠ .

المحاكم ما يعتبر واقعا بمناسبة وظيفة التابع
à l'occasion de la fonction du préposé
المعمل العمل (١٦ مكرر) .

غير أن هذا القياس بالرغم من التشابه الظاهر بين العبارتين قياس
مع الفارق ، لأن مسؤولية رب العمل التي نص عليها قانون سنة ١٨٩٨
قوامها تحمل التبعة ، في حين أن مسؤولية السيد عن فعل تابعه تبنيتها
الحاكم علي افتراض وقوع خطأ من السيد في اختيار تابعه وتوجيهه
ورقابته . وإذا جاز أن يسأل رب العمل عما يصيب عماله من حوادث
وقعت في الزمن والمكان المخصصين للعمل ولو لم تكن لها صلة بالعمل
بناء علي نظرية تحمل التبعة أو الغرم بالغنم ، فإنه لا يجوز أن يسأل
السيد عن خطأ تابعه لمجرد وقوعه في الوقت المخصص لتأدية وظيفته إذا
لم تكن هناك أية صلة بين ذلك الخطأ والوظيفة ، مادامت مسؤولية السيد
أساسها افتراض الخطأ في توجيه التابع ورقابته ، ومادام هو غير ملزم
بتوجيه التابع ورقابته إلا بالنسبة للأعمال التي تتعلق بوظيفته .

وقد حمل ذلك محكمة النقض الفرنسية على أن تقرن في بعض
أحكامها أن مجرد وقوع فعل التابع في الوقت والمكان المعنيين لتأدية
وظيفته لا يكفي وحده لتكييف هذا الفعل بأنه مرتكب بمناسبة
الوظيفة (١٧) . وبناء على ذلك حكم بأن المخدم غير مسئول عن الغش
الذي ارتكبه خادمه في الوقت المخصص لتأدية وظيفته بأن خلص على
خطاب جديد خاص به بطابع للبريد سبق استعماله (١٨) ، ولا عن الفعل
الساكن الذي أتاها العامل في شخص زميل حديث السن في الوقت

(١٦ مكرر) انظر رسائله من ١٩٣٩ .

(١٧) نقض فرنسي مدني ٢٤ مايو ١٩٢٧ دالوز الاسبوعي ١٩٢٧
ص ٤٠٠ ، جنائي ٢٧ أكتوبر ١٩٢٨ غازيت القضاء ٢٧ نوفمبر ١٩٢٨ ، وانظر
ساعاتيه نبذة ٣١٨ ، ومازو نبذة ٩٠٨ .

(١٨) محكمة فان Vannes الابتدائية ٧ يناير ١٩٣١ بسري ١٩٣٢ —
٢ — ٩٦ غازيت القضاء ١٩٣١ — ١ — ٥١٧ .

والمكان المخصص لأداء العمل (١٩) .

وإنا ألقينا نظرة إلى القضاء البلجيكي وجدنا فيه اتجاهًا عامًا نحو التوسع في مسؤولية السيد وتساهلاً في ذلك أكثر مما بدا من القضاء الفرنسي (٢٠) . ومع ذلك فقد قيدت محكمة النقض البلجيكية مسؤولية السيد عن الخطأ الذي يقع من التابع في الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بوجود أن يكون ذلك الخطأ غير أجنبي عن الوظيفة ، أي ذا صلة بها ، دون حاجة إلى أن تكون تلك الصلة صلة العلة بالمعلول (٢١) .

وقد اشترط بعض الشراح أن تكون تلك الصلة مباشرة lien étroit بين الوظيفة والفعل الواقع في وقت تأديتها (لوبري ورو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠٢ ، ديموج ج ٥ نبذة ٩٢٤ ، ريكول مذكرات في المسؤولية التقصيرية ص ٩٩) ، واشترط بعض آخر أن تكون صلة وثيقة lien étroit (دالان Dallant ص ١٦٧) . وهناك رأي يقول بهوجب أن تكون الصلة صلة العلة بالمعلول (روتسائرت ص ١٣٦) .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد عرفت صراحة بين الخطأ الذي يقع من التابع في تأدية وظيفته بالذات والخطأ الذي يرتكبه في الوقت الذي يقوم فيه بتأدية وظيفته :

La faute commise par les préposés dans l'exercice de leurs

(١٩) محكمة سانت إتيين ٢١ يناير ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ٢ —

١٥٨ (٢٠) نقض بلجيكي ١٨٩٣/٦/١٢ بازيكريزي ١٨٩٣ — ١ — ٢٥٦

والاحكام المشار إليها في روتسائرت ص ١٣٣ و ص ١٣٤ .

(٢١) نقض بلجيكي ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازيكريزي بلج ١٩٢٨ — ١ —

١٣٣

Il suffit que le fait ait eu lieu au cours de l'exécution du travail confié au préposé, et n'y soit pas étranger, n'étant pas nécessaire qu'il y ait un rapport de cause à effet entre les fonctions et l'acte dommageable.

fonctions et celle commise par eux pendant l'exercice de ces mêmes fonctions.

وقررت أن خطأ التابع لا يعتبر واقعا في تأدية وظيفته لجرد وقوعه منه في الزمان والمكان المعينين لتأدية وظيفته (استثناء مختلط ٢١ يناير ١٩٣١ ب ٤٣ ص ١٦٦) .

فإذا كان القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي والقضاء المختلط — بالرغم من تأثرهم الى حد كبير بالمذهب المادى في المسؤولية — لم يكتفوا بمجرد وقوع خطأ التابع في الوقت المعين لتأدية وظيفته لترتيب مسؤولية السيد ، بل اشترطوا أن يكون ذلك الخطأ مرتبطا بالوظيفة برابطة سببية ، فانه يصعب أن نسلم بأن محكمة النقض المصرية تكتفى بذلك الظرف وحده لجعل السيد مسئولا عن فعل تابعه ، في الوقت ذاته الذى تقرر فيه أن هذه المسؤولية أساسها ما افترضه القانون في حق السيد من وجوب مراقبة تابعيه وملاحظتهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة . ونعتقد أن لا بد لها أن تعيد النظر في هذا المبدأ ، بل يخيّل لنا أنها قد بدأت تتشكك في صحته وتضع عليه علامة استفهام تمهيدا لضبطه وتقيدده . فقد جاء في حكم حديث لها بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ « انه من المتيقن عدم الأخذ بهذه المسؤولية الاستثنائية الا في الحدود التى رسمها القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعا من التابع في أثناء قيامه بالوظيفة . وهذه المسؤولية وان كانت من ناحية أخرى محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة اذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصاله بها الا أنه لا جدال في أن الحادث الموجب للمسؤولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع في وقت لم يكن قد تخلّى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة بينهما ولو مؤقتا ، وأصبح التابع بذلك حرا يفعل ما يريد ويتصرف كما يشاء تحت مسؤوليته وحده ، ذلك لأن مسؤولية المتبوع انما تقوم على ما للسيد من حق اصدار أوامره وتعليماته الى تابعيه والتمكن من ملاحظته في تنفيذ ما عهد به اليه . فإذا انفلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير

مسئول عن تصرفاته بحال ما » (ملخص في هامش المجموعة المدنية
للأستاذ الكبير محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٤٢ ص ١٣٩ ، ومنشور
في المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) (٢٢) •

ويفيل إلينا ، إزاء هذا التشكك من محكمة النقض ذاتها ، أنه يجب
علينا ألا نأخذ بما قررت في حكمها محل هذا التعليق على إطلاقه ، بل
ينبغي أن تحمله على أنها ترى في مجرد وقوع الفعل الضار في الوقت
المخصص لتأدية الوظيفة قرينة قضائية على أن هذا الفعل داخل في
ضمن أعمال الوظيفة وأن هذه القرينة يجوز للسيد دحضها بالدليل
العكسي (قارن في هذا المعنى روتسائرت ص ١٣٩ هامش رقم ٢ ،
وساغاتييه نبذة ٣٢١) • وقد عادت محكمة النقض فقررت مسئولية
المتبوع عن فعل التابع الذي يقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو الذي تكون
الوظيفة هي التي ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عنها ولا اتصال له
بها ، وهذا بغض النظر عن قصد منه أو الباعث الذي دفعه إليه (نقض
جنائي ٢١ مايو ١٩٤٦ ، المحاماة ٣٧ ملحق جنائي ١٩٢ — ١١٤) •

هل يكفي أن تكون وظيفة التابع قد هيأت له وسيلة ارتكاب ما وقع
منه من فعل ضار حتى يسأل عنه سيده ؟ ليس في أحكام المحاكم
الفرنسية ولا في كتب الفقه ما يسمح بالإجابة عن هذا السؤال إجابة
قاطعة ، لأنها بالرغم من وفرتها في موضوع مسئولية السيد قل أن تكون
قد تعرضت لهذه الجزئية بالذات • فيقول جاردينا وريتشي (في كتاب
المسئولية المدنية نبذة ١١٧) أن المحاكم تكتفي في مسئولية السيد بأن
تكون وظيفة التابع استعملت كوسيلة لارتكاب الفعل الضار ، أو أن يتصل
ذلك الفعل بالوظيفة بصلة من الزمان أو المكان أو الخدمة ، ويشيران في
ذلك إلى حكم واحد من محكمة النقض بتاريخ ٣ مارس ١٩٢٣ (دالوز

(٢٢) هذا الحكم جعل أساس مسئولية المتبوع اتحاد شخصيته مع
شخصية التابع *la confusion* •

١٩٢٣ — ١ — ٥٠) وجدنا انه بنى المسؤولية على اعتبار آخر غير هذا الذى نبحثه الآن (أنظر هذا الحكم فيما يلى فى ص ٤١٨) .

وكذلك بلانيول وريبير واسمان يقولون ان المحاكم تقضى بمسؤولية السيد اذا كان التابع قد استغل التسهيلات التى تهيؤها له وظيفته لارتكاب الفعل الضار فى مصلحة نفسه أو فى مصلحة أجنبى ، ولكنهم يرون عدم امكن الأخذ بذلك الا اذا أبيع للسيد دفع المسؤولية عنه بأن يثبت أنه لم يكن فى وسعه منع وقوع الفعل الضار (ج ٦ نبذة ٦٥٠) .

وقضت محكمة النقض البلجيكية بمسؤولية السيد فى حادث سيارة كان سائقها قد استولى عليها خلسة من سيده بعد أن قلّد مفاتيح الجراج ، وعلت ذلك بأنه ما كان فى استطاعة التابع أن يرتكب الحادث الا بفضل التسهيلات التى خولتها له وظيفته (نقض بلجيكي ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيركيزى بلج ١٩٣٤ — ١ — ١١٤) . ولكن الشراح فى بلجيكا يوجهون أشد النقد الى أسباب هذا الحكم (بيرسون ودى غيليه ج ١ ص ٢٦٩) .

ويرى ديموج أن كون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار لا يكفى لاعتبار السيد مسئولاً اذا لم تكن الوظيفة هى السبب فى ارتكاب الفعل الضار (ديموج ج ٥ نبذة ٩٢٢) .

واذا كان بعض الشراح يؤيد فى الظاهر الاعتماد فى تقرير مسؤولية السيد على كون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار (روتسائرت ص ١٣٥ ، وساغاتييه نبذة ٣١٨ وما بعدها) ، فانهم فى الواقع يقصدون بذلك الحالات التى تكون الوظيفة فيها هى السبب فى ارتكاب الفعل الضار (أنظر أيضا فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٣٢ (٤٤ — ٢٢٨) ، بل انهم لا يكتفون بأية صلة بين هذا الفعل والوظيفة ، ولو كانت مباشرة أو وثيقة ، وانما يتطلبون فى ذلك أن تكون

الصلة صلة العلة بالمعلول (روتسائرت ص ١٣٦ — ١٣٧) ، أو أن تكون الوظيفة هي الوسيلة الضرورية le moyen nécessaire لارتكاب الفعل الضار (سلفاتييه نبذة ٣١٨ و ٣٢٢) .

أما بقية الشراح ، فالظاهر أنهم لم يعرضوا لهذا المعيار نظرا لندرة الأحكام التي أخذت به (أنظر بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٤ ، أوبرى وزو الطبعة الخامسة ج ٦ ص ٤٠١ نبذة ٤٤٧ ، هنك ج ٨ نبذة ٤٤٩ ، لوران ج ٣٠ نبذة ٣٨٢) .

أما في مصر ، فيقول الأستاذ مصطفى مرعى في نبذة ٢٢٢ من كتابه في المسؤولية المدنية (وقد ظهر سنة ١٩٣٦) : « أن الرأي عند جهمرة العلماء الفرنسيين أن مسؤولية المخدم تتناول ما يقع من خادمه أثناء تأدية وظيفته dans l'exercice de ses fonctions كما تتناول ما يقع من الخادم بمناسبة تأدية وظيفته à l'occasion de cet exercice أو أثناء إساءة استعمالها alors même que le dommage résulte d'un abus des dites fonctions . وليس يشترط في الحالتين الأخيرتين إلا أن تكون الوظيفة هي التي هيأت للخادم اتیان ما أتى من الخطأ الداعى للمؤاخذة » .

وهو يرجع هذا الرأي على غيره ، ويرى أن الأخذ به في القانون المصرى أولى لأن عبارة المادة ١٥٢ أوسع من عبارة المادة ١٣٨٤ فرنسى . ثم يعود بعد ذلك الى أولى الحالات التي ذكرها فيقول في نبذة ٢٢٣ : « وعلى ذلك يسأل المخدم عما يقع من خادمه أثناء تأدية وظيفته متى كانت الوظيفة هي التي هيأت للمخدم اتیان ما أتى من الخطأ ، أو كان الخطأ متصلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا » .

وينخلص من جملة هذه العبارات أن المؤلف يرى — استنادا الى ما فسّنه الى الجهمرة من العلماء الفرنسيين (١) — أن كون الوظيفة هيأت

للخادم اتيان ما أتى من الخطأ شرط ضرورى لمسئولية السيد فى كل من الحالات الثلاث التى ذكرها ، وانه يمكن أن يستبدل به فى الحالة الأولى (أى حالة ما يقع من التابع أثناء تأدية وظيفته) شرط آخر هو كون الخطأ متصلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا (أنظر نبذة ٢٢٣) ، فى حين أننا قد رأينا أن نفرا قليلا من الشراح الفرنسيين هم الذين يقولون بهذا المعيار ، وأنهم يأخذون به باعتباره احدى الصور التى يقع بها التجاوز فى حدود الوظيفة ، وأنهم فى الواقع يقصدون به أن تكون بين الوظيفة والخطأ صلة سببية مباشرة ، بحيث لو لم تكن وظيفة التابع ما استطاع هذا أن يرتكب الفعل الضار (راجع ما سبق فى ص ٤٠١) .

والظاهر أن محكمة النقض المصرية قد تأثرت الى حد كبير بهذا الرأى حيث قررت بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٣٧ أن السيد مسئول عن خطأ تابعه ، ولو كان الخطأ قد وقع منه أثناء تجاوزه حدود وظيفته اذا كانت الوظيفة هى التى هيأت له اتيان الخطأ المستوجب للمسئولية (مجموعة القواعد الجنائية ج ٤ ص ٥٦ رقم ٦٢ ، القانون والاقتصاد ٧ - ٤ - ٦٥ المحاماة ١٧ - ١٩٩٥ - ٥١٣) . والغالب أنها قصدت بذلك قصر هذا الشرط على حالات التجاوز فى حدود الوظيفة دون حالة الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات . وقد أكدت بعد ذلك هذا المعنى فى حكم آخر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ اذ قررت أن مقتضى المادة ١٥٢ أن يكون السيد مسئولا عن الضرر الناشئ عن فعل خادمه ، سواء أكان الخطأ قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أم كانت الوظيفة هى التى هيأت أو سهلت ارتكابه (المحاماة ٢١ - ٧٠٢ - ٣٠٧ المجموعة ٤٢ - ٣٤٧ - ١٥٠) .

ولكنها عادت فعممت هذا الشرط الأخير بتاريخ ٨ ديسمبر ١٩٤١ اذ قالت ان المخدم مسئول بمقتضى المادة ١٥٢ عن تعويض الضرر الناشئ للغير عن فعل خادمه ، سواء أكان الفعل قد وقع أثناء تأدية الخدمة الموكولة اليه أم لمناسبة القيام بهذه الأعمال فقط ، اذ يكفى فى ذلك أن تكون وظيفة الخادم هى التى هيأت الخطأ الذى وقع منه ولولاه لمسا نجم الضرر (المحاماة ٢٣ - ٦٠٣ - ١٩٧ ، وأنظر أيضا ٦ نوفمبر

١٩٣٩ القانون والاقتصاد ١٠ — ٤ — ٣٣ — ١٣ المجموعة ٤١ — ٢٥٩ —
٩٩ المخامة ٢٠ ص ٥٨٣) •

أما في حكميها محل هذا التعليق ، فإنها قد غرقت بين فعل التابع
الذى يقع منه وقت تأدية وظيفته ، وفعله الذى يقع في غير ذلك الوقت ،
ولم تشترط أن تكون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب فعله الا في
الحالة الثانية دون الأولى •

ونحن اذا سلمنا جدلا بهذا الشرط باعتباره معيارا كافيا لتقرير
مسئولية السيد ، فإننا نفضل في شأنه التفرقة التى قالت بها محكمة
النقض في حكمى ٢٢ مارس ١٩٣٧ و ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ بين الخطأ في
تأدية الوظيفة والخطأ في تجاوز حدود الوظيفة ، ويمكننا أن نصرف
الحكمين محل هذا التعليق الى هذا المعنى أيضا اذا نظرنا الى وقوع
الفعل الضار وقت تأدية الوظيفة باعتباره قرينة على أن الفعل داخل في
ضمن أعمال الوظيفة • أما التعميم الذى ذهب اليه المحكمة في حكمى ٦
نوفمبر ١٩٣٩ و ٨ ديسمبر ١٩٤١ فتعميم في غير مقتضى ، أقل ما يعاب
عليه أنه يوهم ان شرط كون الوظيفة هى التى سهلت للتابع ارتكاب الفعل
الضار هو المعيار الأساسى الذى تركز عليه مسؤولية السيد في جميع
الأحوال ، مع أننا قد رأينا من آراء الشراح والمحاكم الفرنسية أن كفاية
هذا الشرط محل خلاف كبير ، وان الذين يعولون عليه يقصرونه على غير
حالات الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، ويتشددون فيه الى حد يجعله
محصورا في رابطة السببية بين الوظيفة والفعل الضار وسنرى فيما بعد
الى أى حد يمكن التعويل على رابطة السببية هذه (راجع ص ٤١٢ وما
بعدها) •

على أننا اذا رجعنا الى وقائع الأحكام التى قررت فيها محكمة
النقض الاكتفاء بهذا الشرط ، وجدنا أن المحكمة كانت في غنى عن ذلك
لأن مسؤولية السيد كانت ثابتة لديها سواء لوقوع خطأ شخصي منه
(حكم ٢٢ مارس ١٩٣٧) ، أو لكون فعل التابع خطأ في تأدية الوظيفة

بالبذات (حكم ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ وحكم ٨ ديسمبر ١٩٤١ والحكمين محل هذا التعليق) أو تزيدا في تأدية الوظيفة لمصلحة السيد (حكم ٦ نوفمبر ١٩٣٩) .

غفى حكم ٢٢ مارس ١٩٣٧ يخلص من الوقائع أن سيدا اعتاد ايداع سيارته في جراج عمومي ، فاستصحب خادمه ذات مرة الي الجراج وكلفه احضار أحد عمال غورد لاصلاح السيارة ، وفيها مفتاحها ، وأعطاه بطاقتين باسمه ليشتري بهما بنزينا ، فوجد الخادم محل غورد مغلقا ، فاستحضر عاملا آخر فحص السيارة وقال ان ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليعطيه السيارة ، فارتكب حادثا بخطئه ، فحكم بمسؤولية السيد عنه : (أولا) مسؤولية شخصية لأنه بعدم احتياطة مكن المتهم من تسلم العربة من الجراج والمسير بها بالرغم من عدم امكان الاعتماد عليه في ذلك ، و (ثانيا) مسؤولية مفترضة عن فعل تابعه . (وقد كان في النوع الأول من المسؤولية غنى للمحكمة عن بحث النوع الثاني منها) .

وفي حكم ٢٣ ديسمبر ١٩٤٠ كان سائق سيارة خصوصية ينتظر بالسيارة زوجة مخدومه ، ومعه خفير زراعة مخدومه ، فذهب لقضاء حاجة ، وترك بالسيارة مفتاح الكونتاكث ، فعبث به خفير الزراعة ، وأحدث الحادثة . واعتبرت المحكمة هذا الحادث نتيجة مباشرة للخطأ في ترك مفتاح الكونتاكث في السيارة (وهو خطأ من السائق في تأدية الوظيفة بالبذات) ، واستطردت من ذلك الى القول بأن السيد مسئول عن فعل خادمه ، سواء أكان واقعا منه أثناء وظيفته ، أم كانت الوظيفة هي التي هيأت له اتيانه وسهلت له ارتكابه ، ولو كان ذلك بعيدا عن مقر عمله (والغالب أنها تقصد بذلك خطأ خفير الزراعة) ، وقد كان لها في الوقوف عند خطأ السائق في تأدية وظيفته غنى عن هذا الاستطراد .

وفي حكم ٨ ديسمبر ١٩٤١ كان ضابط في الجيش عائدا الى مقر عمله في المكس ، فقابل سيارة من سيارات الجيش المعدة لركوب ضباط

اللواء الذى ينتمى اليه ذلك الضابط يقودها جندى فى اتجاه المكس ، فأوقفها وركب مع سائقها ، فأسرع السائق فى القيادة بينما كانت الأرض مبللة بالمطر ، فانقلبت السيارة وأصيب الضابط بعدة غايات مستديمة ، وقد ثبت للمحكمة « أن اصابات المجنى عليه انما نتجت عن اهمال السائق فى قيادة السيارة التى عهدت اليه وزارة الدفاع بقيادتها ، مما هو صريح فى الدلالة على أن الضرر انما نجم عن فعله لمناسبة قيامه بأعمال الخدمة أن لم يكن فى أثناء أدائه اياها ، الأمر الذى يكفى لالزامها بالتعويض ٠٠٠ ، لأن المخدم يسأل عن تعويض الضرر الناشئ للغير عن فعل خادمه ، سواء أكان الفعل قد وقع فى أثناء تأدية أعمال الخدمة الموكولة اليه ، أم لمناسبة القيام بهذه الأعمال فقط ، اذ يكفى فى ذلك أن تكون وظيفة الخادم هى التى هيأت ارتكاب الخطأ الذى وقع منه ولولاها لما نجم الضرر » • وظاهر مما أثبتته المحكمة أن ما وقع من السائق خطأ فى تأدية وظيفته بالذات ، فلم تكن بالمحكمة حاجة الى وصف هذا الخطأ بأنه يعتبر على الأقل واقعا بقناسة القيام بالوظيفة ، ولا الى الاستطراد من ذلك الى اشتراط أن تكون وظيفة التابع هى التى هيأت له ارتكاب الخطأ الذى وقع منه •

وفى حكم ٦ نوفمبر ١٩٣٩ كان خادم قد عين حارسا قضائيا على زراعة مخدومه المحجوز عليها من البنك الأهلى ، وقد نوى الى البنك أنه يدد الزراعة ، فأوفد أحد موظفيه للتحقق من ذلك ، فاعتدى الخادم عليه ، واعتبر السيد مسئولا عن ذلك بناء على أن المتهم فى تعديه على المدعى بالحق المدنى كان مدفوعا بدافع الغيرة على مصلحة المدعى عليه فى الدعوى المدنية ولو لم تكن هذه المصلحة هى غايته يوم الحادثة لما وقعت الجريمة ، واستطردت من ذلك الى القول بعدم ضرورة التحريض من السيد ، والى الاكتفاء بأن تكون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب جريمته • ونعتقد أنه كان للمحكمة فى تزايد التابع لمصلحة سيده غنى عن هذا الاستطراد (انظر ما يلى فى ص ٤١٥) •

وبناء على ذلك نرى أن ما قرره محكمة النقض فى هذه الأحكام

الأربعة خاصا بكون وظيفة التابع هي التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار يعتبر تزييدا واستطرادا لا مبدأ مقررًا ، وأنه يجب أن يكون محل نظرس جديد إذ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، لأنه كثيرا ما يقع أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا تترتب على عمله مسئولية السيد إذا كان في وسع التابع أن يحصل على الوسيلة التي سهلت له ارتكاب ذلك الفعل من غير طريق الوظيفة . كما إذا ارتكب أحد العمال مخالفة صنع آلات مفرقة باستعماله في ذلك مواد أولية من المصنع الذي يشتغل فيه (نقض فرنسي جنائي ١٥ ديسمبر ١٨٩٤ سيري ١٨٩٥ - ١ - ١٥١) ، أو إذا اشترك عامل في سباق دراجات غرق من حادث ضار وكانت وظيفته قد سهلت له الحصول على الدراجة التي اشترك بها في السباق (باريس ١٦ يناير ١٩٠٢ ملخص في ديموج ج ٥ نبذة ٩٢٣ هامش ٢) ، أو إذا أعار السيد تابعه حصانا ليستعمله في شأن خاص به ، فالحق التابع بالحصان ضرا بالغير (نقض فرنسي عرائض ٢٩ أكتوبر ١٩١٧ سيري ١٩١٨ - ١٩١٩ - ١ - ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السيد لا يسأل عما يرتكبه تابعه من أفعال ضارة خارج حدود وظيفته ولو كانت الوظيفة هي التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار (١٦ مارس ١٩٣٣ ب ٤٤ - ٢٢٨) .

والرأى عندي أن كون وظيفة التابع هي التي هيأت له ارتكاب الفعل الضار لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التي يعتمد عليها القاضي في الاستدلال على حصول التجاوز في حدود الوظيفة ، وأنه يجب فيه أن تكون التسهيلات التي هيأتها الوظيفة للتابع بحيث تجعل الخطأ مرتبطا بالوظيفة ارتباطا مباشرا ، أي بحيث لو لم تكن الوظيفة ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار ، كما قالت محكمة النقض في حكمها محل هذا التعليق (أنظر ما سيجيء في ص ٤٢٤ وما بعدها) .

هل يكفي لمسئولية السيد أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ الضار بسبب وظيفته ؟ : تعتبر المحاكم فعل التابع حاصلًا بمناسبة الوظيفة

ومستوجبا مسؤولية السيد كلما كانت وظيفة التابع هي السبب في حصول ذلك الفعل منه (٢٣) ، ولا تعتبره كذلك إذا لم يكن بينه وبين الوظيفة أى ارتباط (٢٤) . غير أنها لا تقصد بالسببية في هذا الشأن صلة الملة بالمعلول (٢٥) ، بل تكفي بأية علاقة مباشرة بين الفعل والوظيفة (٢٦) . ويقول ديموج في ذلك أن السيد يسأل كلما كان فعله سببا ولو عارضا لفعل التابع (٢٧) .

ويلاحظ على هذا المعيار أنه غير واضح وضوحا كافيا ، ولا يعتبر ضابطا دقيقا ، إذ يتعذر معه القول متى تعتبر الصلة بين فعل التابع ووظيفته كافية ومتى لا تعتبر كذلك ، وقد أدبى اتباعه في الواقع من الأمر الى التضارب في الأحكام (أنظر غوزييه هرمان المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٥٥) . فمثلا إذا استعمل السائق سيارة سيده في مصلحته الشخصية ، فقد حكم تارة بأن الحادث الذي يرتكبه السائق في أثناء ذلك ذا صلة كاهية بوظيفته ويستتبع مسؤولية السيد عنه (نقض فرنسي جنائي ٢٤ يونيو ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٣٣٧ ، استئناف باريس ٢ فبراير ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٧٧١ ، نقض بلجيكي ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزي بلج ١٩٣٤ — ١ — ١١٤) ، وحكم تارة

(٢٣) نقض جنائي ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد الجنائية ج ٢ ص ٣٠٢ رقم ٢٥٣ ، ٢ فبراير ١٩٢٥ المحللة ٥ — ٧٣٧ — ٩٠٦ ، استئناف مخطط ٥ مايو ١٩٣٧ ب ٤٩ ص ٢١٣ ، ١٩ أبريل ١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٦٤ ، ١٧ نوفمبر ١٩٣٢ ب ٤٥ ص ٣٠ ، وأنظر بيدان نبذة ١٢١٤ ، وبهجت نحوي ص ١٥٣ .

(٢٤) نقض فرنسي جنائي ١٦ نوفمبر ١٩٢٩ غازيت القضاء ١٩٢٩ — ٢ — ١٠٢٣ ، غوزييه هرمان المادة ١٣٨٤ نبذة ٥٤٩ . أنظر مزر ١٢ مايو ١٩٢٧ المحللة ٧ — ٨٢٩ — ٤٨١ .

(٢٥) نقض بلجيكي ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازيكريزي بلج ١٩٢٨ — ١ — ١٣٣ ، قارن عكس ذلك بنى سويف استئنافي ٣١ يناير ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ٥٥ ، المحللة ٢ — ٢٩٢ — ٩٤ ، وروتسارث ص ١٣٦ — ١٣٧ .

(٢٦) نقض ٢ فبراير ١٩٢٥ المجموعة ١٩٢٦ رقم ٢٧ ، وسوردا ج ٢ نبذة ٩٠١ .

(٢٧) ديموج ج ٥ ص ١١٧ نبذة ٩٢٠ .

أخرى بعكس ذلك (استئناف كولسار ١٣ فبراير ١٩٢٩ مجلة الأنزاس
واللورين القانونية ١٩٢٩ ص ٥١٨ ، نقض مصرى جنائى ٢٩ مارس
١٩٣١ المحاماة ١٢ - ١٠٥ - ٥٩) .

وقد أدى ذلك ببعض الشراح الى القول بعدم امكان التعويل على
هذا الضابط ، ولا سيما بعد أن ثبت لديهم من استقراء وقائع الأحكام
التي بنت عليه مسؤولية السيد وجود خطأ شخصى من السيد يكفى لاقامة
مسئوليته على أساس المادة ١٥١/٢١٢/١٣٨٢ (أنظر مازو ج ١ نبذة
٩١٤ ، بيرسون ودى فيليه ج ١ ص ٢٦٧) .

ويلاحظ أن هؤلاء الشراح هم الذين يرون قصر مسؤولية السيد
على حالات الخطأ الذى يقع من تابعيه فى تأدية وظيفته بالذات . فهم
لا ينتقدون هذا الضابط وحده ، بل ينتقدون الضابطين السابقين أيضا .
ولكننا متى سلمنا بأن العمل يقتضى مد مسؤولية السيد الى أبعد من
حدها الطبيعى الذى نص عليه القانون وجب علينا تعيين الحد الذى يقف
عنده هذا المد . غير أننا نعترف كما يقول الأستاذان مازو بأن تعيين هذا
الحد - بالرغم من الشعور العام بضرورته - يكاد يكون مستحيلا
(مازو نبذة ٩١٥) .

ولسنا ندعى أن فى قدرتنا القيام بما يرى غيرنا أنه يكاد يكون
مستحيلا ، وإنما نكتفى بأن توجه النظر الى أن هذه الضوابط التي قال
بها بعض الشراح وأخذت بها محكمة النقض على اعتبار أنها ضوابط
مسلم بها ينبغي أن تكون محل تأمل طويل قبل التسليم بها ، لأن بعضها
يعوزه غير قليل من الدقة ، والبعض الآخر قد يجزنا التعويل عليه الى
نتائج غير عادلة تجاوز ما نقدره لحدود مسؤولية السيد .

والذى نستخلصه نحن من استعراض هذه الضوابط الثلاثة ، أن
أولها يصلح فقط أن يكون أساسا لقريئة قضائية على أن الخطأ واقع فى
تأدية الوظيفة ، وأن الثانى لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التي

تدخل في تقدير القاضي لما يعتبر تجاوزاً في حدود الوظيفة ، بل أن بعض الشراح يخلط بين هذا الضابط وبين ضابط السببية . أما هذا الضابط الأخير فنراه أقرب من غيره الى تحقيق العدالة ، ولكنه يعوزه غير قليل من الدقة ويحتاج الى كثير من التحديد ، لأننا نرى انه اذا كان كل ما يراد اعتباره تجاوزاً في حدود الوظيفة يجب أن تكون الوظيفة سبباً في وقوعه ، فليس حتماً أن يعتبر تجاوزاً في حدود الوظيفة كل عمل يرتبط بالوظيفة برابطة سببية .

حقيقة التجاوز في حدود الوظيفة : وقد حاولنا — بالرغم من اعتراضنا بوعورة الموضوع — أن نحدد على وجه التقريب الحالات التي يصح اعتبارها تجاوزاً في حدود الوظيفة ، فأتضح لنا من تحليل الأحكام الفرنسية والمصرية في هذا الشأن أن التجاوز في حدود الوظيفة يكون بأحد أمرين : اما بالتزيد في أداء عمل من أعمال الوظيفة (أنظر هالتون ج ١ ص ٣٦٢) ، واما باسائة استعمال شئون الوظيفة (قارن سلفاتيه نبذة ٣١٨) .

ومثل التزيد أن يكلف رجل البوليس بتفتيش شخص غيسى بمأمله في اجراء التفتيش ويعتدى عليه بالضرب (نقض مصري جنائي ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٤٢٠ — ٢١٩) ، أو يكلف تنفيذ أمر بغلق متجر فيبالغ في تنفيذ هذا الأمر حتى يلحق بالمترج تلفاً ، أو يكلف ابطال ساقية فلا يكفي بوقفها عن العمل ، بل يعطلها تعطيلاً تاماً بأن يخلع جازيتها ويهدم بالقاس الطينة المثبتة هي بها (نقض ١٠ أبريل ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ٥ — ٢) ، أو أن يقوم ناظر زراعة احدى الدوائر باعتداء مسلح على عمال مقال. نسب اليهم اعتداء على أرض الدائرة (استئناف مختلط ٢٣ مايو ١٩٠٠ ب ١٢ ص ٢٧٤ ، وأنظر أيضاً ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ١٠٤ ، ١٤ ديسمبر ١٩٣٣ ب ٤٦ ص ٨٥) . أو أن يرى الخادم سيدة يتضارب مع شخص آخر فيبادر الى مساعدته ويضرب المعتدى ضرباً يفرض الى موته (نقض ٥ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ — ٦٠٦ — ٥٠٣) ، أو اذا كلف السيد خادمه احضار عامل لاصلاح سيارته المودعة

في جراح عمومي ، فأحضر الخادم العامل وقرر هذا أن ليس بالسيارة
خلل ، فأخذها الخادم وذهب بها يبحث عن سيده لتسليمها إياه فأحدث
في الطريق حادثا (نقض جنائي ٢٢ مارس ١٩٣٧ القانون والاقتصاد
٧ - ٤ - ٦٥ مجموعة القواعد الجنائية ج ٤ ص ٥٦ رقم ٦٢) ، أو اذا
ارتكب الموظف جريمة ضد الأهالي رغبة منه في ارضاء الحكومة القائمة
بالخط من كرامة معارضيه (جنائيات المنصورة في قضية أخطاب ١٥
يناير ١٩٣٠ المحاماة ١١ - ٣٧٨ - ٢١٤ ، وتأيد بحكم نقض جنائي ٧
مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ - ٢٦٧ - ١٤٨) .

ومثل اساءة استعمال شئون الوظيفة أن يخرج السائق بسيارة
سيده في غير ما كلف به ، غيرتكم حادثا في أثناء ذلك (نقض فرنسي
جنائي ٢٤ يونيه ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ - ٢ - ٣٣٧ ، نقض
بلجيكي ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ بازيكريزي بلج ١٩٣٤ - ١ - ١١٤) ، أو أن
يستعمل السيارة في ارتكاب جريمة هناك عرض على شخص صادفه في
الطريق (ليل ١٥ مارس ١٩٣٠ مجموعة الأسبوع القانوني la semaine
Juridique ١٩٣٠ ص ٤٧٢) ، أو أن يستعمل الخفير سلاحه في قتل
انسان (نقض مصري جنائي ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ٨٥٢) ،
أو أن يستعمل كمساري سكة الحديد وظيفته في تهريب مسروقات من بلد
إلى آخر (نقض فرنسي جنائي ٢٢ مارس ١٩٠٧ سيري ١٩٠ - ١ -
٤٧٣) .

ويمكن تعليل مسئولية السيد في حالتي التجاوز بأن ما يقع من
التابع من تزيد أو من اساءة لاستعمال شئون الوظيفة يكون من شأنه
أن يمد حدود الوظيفة الى أبعد من دائرتها الطبيعية ، ويترتب على
امتداد الوظيفة مسئولية السيد عما يرتكبه التابع في أثناءه ، مسئولية
يصح أن لا تكون مطلقة بل ترد عليها بعض التحفظات .

التحفظات التى تقيد مسئولية السيد فى حالة تجاوز التابع حدود وظيفته :

التحفظ الأول — تعامل المصاب مع التابع وهو عالم بتجاوز الأخير **حدود وظيفته :** أجمعت الشراح والأحكام على أن السيد لا يسأل اذا كان المصاب قد عامل التابع وهو عالم بتجاوز الأخير حدود وظيفته أو كان ينبغى أن يعلم ذلك ، لأن المصاب يكون قد عامل التابع فى هذه الحالة بصفته الشخصية لا بصفته تابعا ، ونظر إليه باعتباره عاملا لحساب نفسه لا لحساب مخدومه (فى هذا المعنى نقض جنائى ١١ نوفمبر ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائى ٢٩٦ — ١٦٤) ، فلم يعد هناك ما يدعو الى امتداد الوظيفة الى أبعد من حدودها الطبيعية (أنظر بودرى وبارد ج ٤ نبذة ٢٩١٥ ، لالو نبذة ٥٠٢ ، مازو نبذة ٩١٤ ، بيرسون ودى غيليه نبذة ١٢٤ ، بهجت بدوى ص ١٥٨ ، مصطفى مرقى نبذة ٢٢٥ والأحكام التى أشار اليها هؤلاء الشراح ، استئناف مختلط ٧ أبريل ١٩٣٧ الغازيت ٢٩ — ٣٨٥ — ٤٥٢ (٤٩ — ١٨١) .

ويلاحظ أنه يقابل هذا الحد من مسئولية السيد بسبب علم المصاب بتجاوز التابع حدود وظيفته ، امتداد لهذه المسئولية — يقول به بعض الأحكام والشراح — الى الحالات التى يكون فيها فعل التابع غير داخل فى حدود وظيفته ولكن المصاب اعتقد أنه داخل فيها ، وكان له ما يبرر هذا الاعتقاد . وتطبيقا لذلك حكم بأنه اذا أعطت إحدى الشركات توكيلا تجاريا الى أحد التجار يخوله حق الانفراد بتصرف منتجات هذه الشركة فى جهة معينة باسمها ولكن لحسابه الخاص ، ثم تسلم الوكيل مبالغ من أخذ العملاء على أن يورد اليه مقدارا معيناً من تلك المنتجات ، ثم يبدد هذا المبلغ ، فإن الشركة تكون مسئولة ازاء العميل الذى تعامل مع ذلك الوكيل باعتباره تابعا للشركة مع انه ليس كذلك فى الواقع من الأمر

(نقض فرنسى ٣ مارس ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥٠ ، وأنظر أيضا
استئناف مختلط ٥ يناير ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٩١) •

التحفظ الثانى — ارتكاب التابع للفعل الضار بدافع شخصى :

هل ينظر فى تقرير مسئولية السيد الى البواعث التى دفعت التابع الى
ارتكاب العمل الضار ؟

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٠٤ بأنه اذا
قتل حارس الصيد شخصا آخر بسبب عدااء شخصى بينهما لا صلة له
بوظيفة الحارس ، فلا يسأل سيده عن ذلك (سيزى ١٩٠٦ — ١ —
١٧٣ • وأنظر فى هذا المعنى مصر ١٢/٥/١٩٢٧ المحاماة ٧ — ٨٢٩ —
٤٨١) •

وقضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ بأن
مسئولية السيد لا تقوم الا اذا إنتفى الباعث الشخصى لدى الخادم فى
ارتكاب ما ارتكب • أما اذا ارتكب التابع — ولو أثناء قيامه بوظيفته أو
بمناسبة قيامه بها — خطأ بدافع شخصى من انتقام أو حقد أو نحوهما ،
فالتابع وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر اليه خطؤه من الضرر
بالغير (المحاماة ١٤ — ٤ — ٣) • وأصدرت فى ذات التاريخ حكما آخر
قبلت فيه بناء على ذلك طعنا فى قضية تتلخص وقائعها فى أن خفيرا ذهب
مع عمدة بلدة وأبطلا ساقية يديرها أحد الأهالى بغير حق ، وبعد
انصرافهما عاد الخفير ومعه آخر ، وأضرا على أن يعطل ساقية المجنى
عليه ، فخلع الجازية وهدم بالفأس الطين المثبتة هى بها ، فاعترضه
صاحب الساقية وتماسك الاثنان ، فضرب الخفير صاحب الساقية بالفأس
ثمات ، فقضت محكمة الجنايات بمسئولية الحكومة مدنيا عما وقع من
الخفير ، فطعن فى هذا الحكم ، ومحكمة النقض رأت أن الحكم كان
يستقيم لولا أنه يوجد بوقائع الدعوى التى على الحكم المطعون فيه
بأثباتها ما يشعر بجواز أن يكون الخفير انما اعتدى على المجنى عليه
بدافع الانتقام لضغينة سابقة (كما دفعت الحكومة بذلك) ، إذ فى غودة

الخفير الى المجنى عليه بعد ابطال ساقيته وفي اصراره على تعطيلها تعطيلًا تامًا بخلع جازيتها ، وهدم الطين المثبتة به ، ما يصح أن يحمل على الظن بأن هذا التريذ قد يكون منبعثًا عن دافع شخصي لا علاقة له بعمل الوظيفة ، وأن الخفير إنما أراد به الامعان في الكيد شفاء لحزازات وأحقاد شخصية ، وقالت المحكمة « وبما أن قيام الضعيفة بين المتهم والمجنى عليه من قبل وقوع الحادث أمر تردد ذكره في المرافعة على لسان والد المجنى عليه وأقوال النيابة وعلى لسان الدفاع عن المتهم ، فكان حقا على المحكمة أن تخلص في حكمها هذه الواقعة لأنها من الوقائع الجوهرية التي قد تغير موقف الحكومة بالنسبة للمسئولية المدنية ، واغفال الحكم لبيان هذه الواقعة يجعله قاصر البيان متعينا نقضه » (الصاماة ١٤ - ٥ - ٤ ، وأنظر في هذا المعنى أيضا مصر الابتدائية ١٢ مايو ١٩٢٧ المحاماة ٧ - ٨٢٩ - ٤٨١) (٢٩) .

وقد وجه الأستاذ مصطفى مرعي (في كتابه عن المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ٢٢٢ نبذة ٢٢٨) الى هذا الحكم نقدا شديدا يتلخص (أولا) في أن ما ذهب اليه الحكم يتجافى مع صريح النص الذي يفرض المسئولية عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية وظيفته ، بقطع النظر عن الدوافع التي يمكن أن تكون قد دفعت الخادم الى اتيان ما أتى ، و (ثانيا) في أنه يصطدم مع الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المخدم عن خطأ خادمه ، لأن هذه المسئولية ترتكز على مظنة سوء الاختيار كما ترتكز على مظنة النقص في المراقبة ، ويكفى لقيام هذه المظنة أن يأتي الخادم خطأ أثناء عمله سواء كان هذا الخطأ منبعثًا عن دافع شخصي للخادم ، أو كان منبعثًا عن رغبة منه في خدمة مخدمه ، لأن رقابة المخدم يجب أن تغمر الخادم ، مادام متصلا بعمله ، وكل ما يأتيه من الخطأ وقت اتصاله بعمله — سواء قصد به نفعًا لمخدمه أو قصد به الى تحقيق مآرب من مآربه الشخصية — فيه دلالة على نقص قيمته فحضره

(٢٩) انظر عكس ذلك نقض ١٩٤٦/٥/٢١ المحاماة ٢٧ ملحق جنائي

عليه مخدومه من الرقابة ، كما أن فيه دلالة على أن مخدومه لم يحسن اختياره و (ثالثا) في أن الأحكام جرت بعكس ذلك وأشار الى حكمين صدرا من محكمة الاستئناف الأهلية قضى أولهما بمسئولية الحكومة مدنيا عن جناية قتل ارتكبتها خفيران على صراف كلفا بمراقبته من ناحية الى أخرى بقصد اختلاس الأموال التي كان يحملها الصراف معه (استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٥ رقم ١١٦) ، وقضى الثاني بمسئولية مصلحة البريد مدنيا عن سرقة ارتكبتها ساع من ساعاتها على خطاب سلم اليه بحكم وظيفته (استئناف ٢٨ يولييه ١٩٠٧ المجموعة ٩ - ٤٢ - ١٧) .

وعلى أثر ذلك أصدرت محكمة النقض حكما بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٣٧ (المجامعة ٨ - ٤٢٠ - ٢١٩) يبيد منه كأنها عدلت عما ذهبت اليه في هذا الشأن في حكمي سنة ١٩٣٣ ، وتلخص وقائع هذا الحكم في أن المجنى عليه في القضية كان قد اتهم وآخرون في سرقة فول ، فأحضره نائب العمدة لديه مع باقي المتهمين بسبب هذا الاتهام وأراد عدم التبليغ عن الحادثة على أساس اجراء صلح بين الطرفين يدفع بمقتضاه المتهمون الى صاحب الفول عشرين قرشا تعويضا ، ولما لم يدفعوا تدخل وكيل شيخ الخفراء في الأمر وفتش المتهمين وضربهم ، فكانت الضربة التي أصابت المجنى عليه قاضية على حياته ، وكان المجنى عليه وقت الحادثة مقبوضا عليه في منزل نائب العمدة تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر . وكانت المحكمة الابتدائية قد قضت برفض دعوى التعويض المقامة على الحكومة عن جريمة وكيل شيخ الخفر اعتمادا على أن الباعث على ارتكاب الجريمة التي قارنها المذكور لا علاقة لها بوظيفته . ومحكمة النقض لم تر هذا الرأي ، فنقضت الحكم وقضت بمسئولية الحكومة وقررت. أنه اذا تعدى وكيل شيخ الخفراء بالضرب على المجنى عليه في الظرف المتقدم كان هذا التعدى واقعا منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب الا اعتمادا على تلك الوظيفة ، وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنيا عن

نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدنى ، ولا تأثير للبائع على الجريمة ، وهو فرض الصلح على المجنى عليه فى الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح فى فرض المسؤولية على المخدم . عن كل ما يأتية الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعته الى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسؤولية المخدم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص فى الرقابة ، ويكفى لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باع شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة مخدمه .

ونلاحظ على هذا الحكم أنه لا يوجد فى وقائعه أى أثر لباع شخصى عند شيخ الخفر كان يسوغ للمحكمة الاستثنائية أن تستبعد مسؤولية الحكومة استناداً إليه أو كان يحتاج من محكمة النقض أن تعرض بالنفى لما قد يترتب على الباعث الشخصى من استبعاد مسؤولية السيد ، وذلك أن الثابت من الوقائع أن نائب العمدة أراد عدم التبليغ عن الحادثة على أساس اجراء صلح بين الطرفين ، وأن شيخ الخفر تدخل لفرض الصلح على المتهمين ، فوقع منه ما وقع . ومما لا شك أن المصلحة العامة التى تمثلها الدولة تقتضى من شيخ الخفر وسائر رجال الادارة اذا ما رفع اليهم نزاع أن يعرضوا الصلح على المتنازعين ، فإذا جاوز شيخ الخفر حدود وظيفته بأن أراد أن يفرض عليهم الصلح ، فإن عمله يعتبر تزيداً منه لحساب الدولة مخدمته . ولا يمكن اعتباره صادراً عن باع شخصى . فإذا استبعدت المحكمة الاستثنائية مسؤولية الدولة استناداً الى أن الفعل الضار وقع من شيخ الخفر بدافع شخصى كان يكفى فى نقض حكمها أن تقرر محكمة النقض أن الباعث ليس شخصياً بل متصلاً بالوظيفة ، وكان لها فى ذلك غنى عن الاستطراد الى القول بأن مسؤولية السيد تقوم بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى ارتكاب ما ارتكب ، ونرى ان ما قرره المحكمة فى هذا الشأن يعتبر تزيداً منها لم يكن يقتضيه الحكم

في القضية التي كانت معروضة عليها ، ولا يصح أن نرى فيه عدولا منها
عن المبدأ الذي سبق أن قررته في حكمي سنة ١٩٣٣ .

ومما يؤيد هذا الرأي ما قررته محكمة النقض بتاريخ ٢٢ أبريل
سنة ١٩٤٠ و ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ في حكميها محل هذا التعليق ، واللذين
فرقت بينهما بين فعل التابع الذي يقع منه في أثناء تأدية الوظيفة ، وفعله الذي
لم يقع منه في وقت تأدية الوظيفة بالذات ، حيث قالت عن الحالة الأولى
أن السيد يسأل فيها على الاطلاق ، أي بغض النظر عما اذا كان الفعل
الضار قد ارتكب لمصلحة التابع خاصة أو لمصلحة المخدم ، وعما اذا
كانت البواعث التي دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها .
أما عن الحالة الثانية ، فقد اكتفت بأن تقرر مسؤولية السيد ، وأن تبين
شرطها (وهو أن تكون الوظيفة هي التي ساعدت على اتيان الفعل
الضار وهيأت للتابع فرصة ارتكابها) ، وأساسها (وهو اساءة التابع
استعمال شئون الوظيفة) ، دون أن تذكر أن هذه المسؤولية تقوم على
الاطلاق بغض النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعت التابع
الى ارتكاب فعله .

وبما أنا قد بينا أن وقوع الخطأ من التابع في الوقت المخصص
لتأدية وظيفته يصلح أن يكون أساسا لقريضة قضائية على أن الفعل
يعتبر خطأ في الوظيفة ، وأن محكمة النقض تعتبره كذلك ، فيمكننا أن
نستنتج من عبارات المحكمة أنها تفرق بين الخطأ في تأدية الوظيفة
فترتب عليه مسؤولية مطلقة بغض النظر عن البواعث ، وبين الخطأ بتجاوز
حدود الوظيفة فترتب عليه مسؤولية يصح في تقريرها النظر الى البواعث
التي دفعت التابع الى ارتكاب الخطأ ، فتكون المحكمة قد حددت بذلك
وأكملت نظريتها التي بدأتها في حكمي سنة ١٩٣٣ والتي خيل للناس
أنها عدلت عنها في حكم سنة ١٩٣٧ ، وهي تلخص في أنه اذا كان فعل
التابع خطأ في تأدية الوظيفة ، فلا محل للنظر في الباعث الذي دفعه
الى ارتكابه . أما اذا كان فعله يعتبر تجاوزا في حدود الوظيفة فيسأل
عنه سيده الا اذا ثبت أن التابع قد ارتكب ذلك الفعل بدافع شخصي .

وهذا يفسر لنا حكم سنة ١٩٣٣ الذى قضى بعدم مسئولية الحكومة عن عمل الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بأن صمم على خلع جازية النساقية بدافع الانتقام الشخصى من مالكها ، كما يفسر لنا حكم سنة ١٩٣٧ الذى قضى بمسئولية الحكومة عن عمل الخفير الذى جاوز حدود وظيفته بدافع الرغبة فى فرض الصلح على المتنازعين ، وهو دافع بينا أنه بعيد عن أن يكون شخصيا ، بل هو أقرب ما يكون لمصلحة الدولة المخدومة .

ونحن لا يسعنا الا أن نقر محكمة النقض على هذه النظرية ، بل نراها أدنى الى الصواب وأقرب الى تحقيق العدالة من التعميم الذى يقول بأن لا عبرة بالبائع الشخصى فى جميع الأحوال ، أو ذاك الذى يرى أن صدور فعل التابع عن بائع شخصى يترتب عليه نفى مسئولية السيد فى جميع الأحوال .

ولعله من المفيد فى تدعيم نظرية محكمة النقض فى هذا الشأن أن نغند هنا أوجه النقد التى وجهها الأستاذ مصطفى مرعى الى حكم سنة ١٩٣٣ .

يرى الأستاذ مصطفى مرعى ان القول باستبعاد مسئولية السيد كلما كان التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى يتجافى مع صريح نص المادة ١٥٢ ويصطدم مع الأساس الذى تقوم عليه المسئولية التى يفرضها هذا النص على السيد .

ونحن نسلم بصحة هذا النقد اذا كان موجها الى حكم محكمة النقض الصادر فى سنة ١٩٣٣ بحسب الظاهر منه من حيث نفيه لمسئولية السيد كلما كان التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى ولو كان ذلك الفعل خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

أما بعد أن حددت محكمة النقض نظريتها ، وكشفت عن حقيقة قصدها فى أن نفى المسئولية عن السيد بسبب الباعث الشخصى عند التابع

لا يكون الا في حالة تجاوز التابع حدود وظيفته ، فلم يعد هذا النقد ينطبق عليها . ذلك أن التمسك بحرثية نص المادة ١٥٢ لا يكون صحيحا الا اذا جعلنا مسئولية السيد مقصورة على حالة الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، كما يؤدي الى ذلك تفسير النص تفسيراً دقيقاً . بغير توسع ، وهي تلك الحالة التي يصح فيها القول بأن مسئولية السيد ترتكز على أساس خطأ مفروض في جانبه والتي تكون المسئولية فيها مطلقة لا ينظر فيها الى البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى اتيان ما أتى . أما اذا أردنا أن نساير القضاء في التوسع في مسئولية السيد بحيث تشمل أيضا حالات التجاوز في حدود الوظيفة ، فيجب أن لا يغيب عنا : (١) أن القضاء هو الذي أنشأ المسئولية في هذه الحالات قاصداً أن يجعل منها مسئولية مكملية للمسئولية الأصلية التي قررها المشرع بالمادة ١٥٢ ، فأقحم هذه الحالات ضمن مشتملات هذه المادة اقحاما . (٢) وان المسئولية في هذه الحالات لا ترتكز على أساس من الخطأ المفروض بل على أساس تحمل التبعة .

فإذا قالت محكمة النقض ان هذه المسئولية تنتفى متى ارتكب التابع فعله بدافع شغفي لا لمصلحة مخدمه كان رأيها في ذلك متفقا مع أساس هذه المسئولية ، ولا يصح الاعتراض عليه لا بحرثية نص المادة ١٥٢ ، ولا بالأساس الذي ترتكز عليه مسئولية السيد عن الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات .

واذا رجعنا الى الأحكام التي استشهد بها مرعى بك ليدلل على أن المحاكم تقضى بمسئولية السيد حتى لو ثبت أن التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شغفي ، وجدنا أن الحالات التي قضت فيها المحاكم بذلك يعتبر ما وقع فيها من التابع خطأ في تأدية وظيفته بالذات . ومن ذلك حالة الخفير الذي كلف حراسة الصراف فاغتاله واختلس ما في عهده من أموال ، وحالة ساعي البريد الذي كلف أن يسلم الى المرسل اليه خطابا فاختلسه ، وحالة سائق السيارة الذي عهد اليه سيده نقل

طفلة فتهك عرضها • فإذا جاز الاحتجاج بهذه الأحكام للاعتراض على نظرية محكمة النقض كما غهمت في سنة ١٩٣٣ ، فإنه لا يجوز بعد أن حددت المحكمة نظريتها بحكمي سنة ١٩٤٠ و ١٩٤١ وأصبحت تفرق بالنسبة لما يترتب من أثر على الباعث الشخصي عند التابع بين حالتين : حالة الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، وحالة الخطأ بتجاوز حدود الوظيفة •

يضاف الى ذلك أن هذه التفرقة لها ما يبررها من الناحية الأدبية ، لأنه إذا التزم التابع حدود وظيفته يكون واقعا تحت سلطة سيده وخاضعا لرقابته خضوعا تاما فتكون مسئولية السيد مسئولية شاملة • أما إذا جاوز التابع هذه الحدود فيكون قد باعد بينه وبين سلطة سيده ورقابته ، فمن المعقول أن لا تكون مسئولية السيد — إذا ما سلمنا بها — مسئولية شاملة •

غير أننا نود قبل أن نختم هذا البحث أن ننبه الى أن الباعث الشخصي للتابع — الذي تنتفى به مسئولية السيد في حالة تجاوز التابع حدود وظيفته — يجب أن يبحث عنه في الفعل الضار ذاته لا في الفعل المكون للتجاوز • فإذا كان العمل المكون للتجاوز هو بذاته الذي نتج عنه الضرر كان للباعث على ارتكابه أثر في مسئولية السيد (ومثل ذلك حالة الخفير الذي جاوز حدود وظيفته بخلع جازية الساقية بدافع الانتقام) ، أما إذا وقع التجاوز أولا فترتب عليه امتداد في حدود الوظيفة ، ثم وقع الفعل الضار في أثناء هذا الامتداد ، كما هو شأن السائق الذي يختلس عربة سيده ليستعملها في أمر خاص به دون سيده ، فيرتكب بها حادثا ، فإنه يكون قد جاوز حدود الوظيفة بدافع شخصي ، ولكن ذلك لا يكفي لرفع المسئولية عن سيده ، بل يجب النظر الى الحادث الذي أعقب ذلك ، فإذا ثبت وقوع ذلك الحادث باهمال أو عدم انتباه بقي السيد مسئولا ، أما إذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث باهمال أو عدم انتباه بقي السيد مسئولا ، أما إذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث بدافع الانتقام انتفت مسئولية السيد •

تطبيق المبادئ على الوقائع

حكم ٢٢ أبريل ١٩٤٠ : تتلخص وقائع هذا الحكم في أن ناظر مدرسة أميرية لاحظ تكرار الإهمال من أحد الفراشين ، فأنبه على ذلك مرارا ، فاغتاظ الفراش من الناظر وحقد عليه ، وصمم على أن ينتقم منه ، وانتظره عند باب المدرسة مع زملائه الفراشين فيها ، وتظاهر عند خروج الناظر من المدرسة بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له — بصفته رئيسه — باب السيارة التي كانت في انتظاره ، وتمكن من اغتياله في هذا المكان ، ورفعت الدعوى الجنائية على الفراش وادعى والد المجنى عليه بالحق المدني على الفراش وعلى وزارة المعارف باعتبارها مسئولة عن فعل تابعها ، وقضت محكمة الجنايات بالزام الفراش بالتعويض وبرفض الدعوى قبل وزارة المعارف ، بناء على أنه يشترط في مسؤولية السيد عن أعمال تابعه أن يكون الحادث المستوجب للتعويض داخلا في طبيعة عمل المستخدم عندها ، وأن يكون قد ارتكبه بصفته مستخدما ، في حين أن الفراش ارتكب القتل خارج المدرسة في الشارع العمومي حيث كان أي مجرم يستطيع القيام بمثل فعلته ، فضلا عن أن الاغتيال لا يمكن بأي حال اعتباره داخلا في طبيعة عمل الفراش .

طعن المدعى المدني في هذا الحكم بأنه أخطأ في تطبيق القانون لأن المادة ١٥٢ مدني لا تشترط وجود صلة بين الحادث وبين طبيعة العمل الذي يؤديه الخادم ، كما أن مسؤولية السيد فيها مفترضة اغتراضا ، فيكفي أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله سواء أكان هذا الخطأ صادرا عن مجرد الرغبة في أداء خدمة للسيد أم عن باعث شخصي ، فضلا عن أنه لو لم يكن المتهم موظفا لما أمكن تصور وقوع الجريمة ولا قيام المجنى عليه بأي تصرف من هذه التصرفات الحكومية مع المتهم ، فالقانون يحمل السيد في هذه الصورة المسؤولية عن عمل خادمه مادامت الوظيفة هي التي مكنت الخادم من ارتكاب الحادثة وهيأت له سبيل ذلك ولو وقعت الجريمة في غير وقت الخدمة ، فلا يهم إذن أن

تحصل الجريمة خارج المدرسة مادام المتهم قد أقدم على ارتكابها ضد رئيسه بسبب الوظيفة التي كان يشغلها .

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وألغت الحكم المطعون فيه ، وألزمت وزارة المعارف بالتعويض بالتضامن مع الفراش ، بعد أن قررت المبادئ التي أشرنا إليها فيما سبق .

وقد اعتبرت المحكمة ما وقع من الفراش « غاية في الدلالة على أن وظيفة المتهم بوصف كونه غراشا في المدرسة تحت رعاية المجنى عليه هي التي هيأت له كل الظروف التي مكنته من اغتيال المجنى عليه بطريق الخيانة ، لأنه لو لم يكن كذلك لما استطاع أن ينتظر غريمه ويترصده له آمنا مطمئنا أمام باب المدرسة حيث وقعت الواقعة ، ولما كان هناك من مناسبة لأن يقترب من المجنى عليه تحت ستار أداء الواجب عليه له ثم يندرب به » .

وفي وسعنا أن نستخلص من ذلك النتائج الآتية :

١ — أن المحكمة كيفت ما وقع من الفراش بأنه تجاوز منه لحدود وظيفته مبنى على أن وظيفته هي التي هيأت له ارتكاب الجريمة .

٢ — أنها ما عولت على هذا الظرف الأخير الا لأنه ثبت لها أنه لو لم تكن وظيفة الفراش لما استطاع أن يرتكب فعلته .

٣ — انه كان يجب أن يترتب على هذا التكيف اخلاء مسئولية وزارة المعارف متى ثبت أن الفراش اقترف جريمته بدافع الانتقام الشخصي . غير أننا اذا نظرنا الى هذا الدافع الشخصي وجدناه هو ذاته متصلا بوظيفة الفراش برابطة السببية ، لأن رغبة الانتقام لم توجد في نفس الفراش الا بسبب ما تفرضه عليه وظيفته من علاقة برئيسه الذي اختلف معه في شأن تأدية الوظيفة ، مما جعله يحقد عليه وينتوى

الانتقام منه • وبناء على ذلك لا يكون هذا الدافع — ولو أنه شخصي —
أجنبيا عن الوظيفة ، لا تقتفى به مسئولية السيد • وهذا ما يفسر قضاء
محكمة النقض بمسئولية وزارة المعارف ، بعد أن قررت المبادئ
القانونية التي استعرضناها (٣٠) •

٤ — على أنا نعتقد أنه كان في وسع المحكمة أن تختصر الطريق ،
وتعتبر ما وقع من الفرائش خطأ في تأدية الوظيفة بالذات تترتب عليه
مسئولية الوزارة بقطع النظر عن الدافع الشخصي ، ذلك أنه لا شك
في أن وظيفة الفرائش تفرض عليه واجب احترام رئيسه واطاعة أوامره
وتنفيذا باخلاص • فإذا اختلفت الفرائش مع رئيسه في شأن من شئون
الوظيفة ، واعتدى عليه بسبب ذلك ، فقد أخل بأول واجب تفرضه عليه
وظيفته •

حكم ٢٧ يناير ١٩٤١ : تتلخص وقائع هذا الحكم في أن خفيرا
أحب زوجة أحد سكان العزبة التي يخفها ، فانتوى تطليقها منه كي
يتزوجها هو ، ولما لم يجد الى ذلك سبيلا عول على أن يتخلص من
الزوج بقتله ، فاحتال على ذلك بأن اتفق مع بعض العرب الضارين
خيوشهم في أحد أطراف العزبة على تصوير حادث سطو ، وفي الليلة
المتفق عليها جلس الخفير في المساء أمام منزله مع الزوج وآخرين ،
وتظاهر لهم بأنه متهيّب الليلة ويشعر بالخوف بسبب نباح الكلاب لجهة
المزارع وأنه يخشى أن يكون بالغيط لصوص ، وانصرف الجميع الى
بيوتهم والخفير الى دركه ، ثم ادعى أنه شعر بدوار في رأسه حوالي
الساعة الثالثة صباحا ، فعاد الى منزله ليستريح قليلا ، وأنه سمع
بمجرد دخوله نباح الكلاب في المزارع وأصوات استغاثة ، وأنه خرج

(٣٠) وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ١٠ نوفمبر
١٩٨٣ في الطعن رقم ٥٨٩ سنة ٥٠ ق الى اطلاق مسئولية المتبوع عن خطأ
تابعه كلما كان هذا الخطأ قد وقع أثناء تأدية التابع وظيفته او كلما استغل
وظيفته او ساعدته على ذلك سواء كان الفعل لمصلحة المتبوع او عن باعث
شخصي يعلم المتبوع او بغير علمه •

بلى الفور من منزله واذ ذاك سمع صوت عيار نارى ، فأطلق هو عيارا آخر صوب الجهة التى سمع فيها العيار الأول ، وتبدلت العيارات بينه وبين اللصوص ، وبعد أن هدأت الاستغاثة أبصر شخصا مسرعا نحوه فظنه أنه من اللصوص فأطلق عليه عيارا من مسافة مترين بينهما ، ثم هجم عليه وضربه بماسورة البندقية على رأسه خوفا من أن يكون العيار لم يصبه ، ثم ذهب الى منزل شيخ العزبة وأبلغه بالحادث ، ثم ظهر بعد ذلك أن المقتيل هو الزوج •

رفعت الدعوى العمومية على الخفير بتهمة القتل عمدا مع سبق الاصرار باعتبار أنه قد دبر هذا الحادث وصور وقائمه ليتمكن من قتل الزوج تحت ستاره ، وادعى أهل القتل مدنيا ضد الخفير ووزارة الداخلية باعتبارها مسئولة عن فعل الخفير التابع لها • وقضت محكمة الجنايات بادانة الخفير وبإلزامه بالتعويض وبرفض الدعوى قبل وزارة الداخلية بناء على أن المتهم — وان كان ما ينسب اليه جنائيا قد ارتكبه أثناء تأدية وظيفته — إلا أنه قد ارتكبه بسوء قصد وبدافع شخصى محض وهو التخلص من المجنى عليه ليتمكن من التزوج بزوجته •

طعن المدعى المدنى فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون لأن المادة ١٥٢ مدنى صريحة فى وجوب مسئولية المخدم مدنيا عن كل ما يقع من خادمه حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التى قد تكون دفعته الى ارتكابه ، فهذه المسئولية تكون ثابتة كلما كان الخطأ قد وقع من الخادم أثناء تأدية وظيفته ، وكذلك اذا كان قد وقع بمناسبة الوظيفة متى كان متصلا بها اتصالا وثيقا يمكن معه القول بأنه اذا لم تكن الوظيفة لما كان الخطأ ، ولما كان الثابت فى الحكم أن الوظيفة هى التى هيات للمتهم ارتكاب الحادث ، فإن وزارة الداخلية تكون مسئولة معه بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى تسبب فى حصوله اعتمادا على وظيفته •

وقد قبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وألغت الحكم المطعون فيه ،

وقضت بمسئولية وزارة الداخلية بالتضامن مع الخفير بعد أن قررت المبادئ التي أشرنا إليها فيما سبق . وقد اعتبرت المحكمة أن ما وقع من المتهم « انما وقع منه بوصفه خفيرا في الليل وفي الدرك المعين لتأدية خدمته فيه ، مما يقطع بأنه قد ارتكب الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، كما أن الثابت أيضا أنه قد ارتكب خطأ بالسلاح المسلح اليه من الحكومة التي استخدمته ، وأنه انما تفرع بوظيفته في التضييل بالمجنى عليه حتى طاوله وجازت عليه الخدعة ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع من ناحية أخرى بأن وظيفة المتهم هي التي سهلت له ارتكاب جريمته ، وبأنه لولاها لم يكن يستطيع ارتكاب ما ارتكبه على المجنى عليه . ومتى كان ذلك كله واضحا كانت مسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذي تسبب فيه المتهم باعتباره خفيرا معينا من قبلها ثابتة سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه . ولا يرفع عنها هذه المسئولية أن يكون المتهم قد ارتكب بفعله معامل شخصي خاص به وحده ولا شأن لها به أو عدم ثبوت أى خطأ من جانبها هي — كما يقول الحكم المطعون فيه — فان مسئوليتها عن عمل خادمها في هذه الحالة مفترضة بحكم القانون على أى من الأساسين المذكورين » .

وفي وسعنا أن نستخلص من ذلك النتائج الآتية :

١. — ان المحكمة اعتبرت أن الخفير قد قام بفعله أثناء تأدية وظيفته ، أى أن ما وقع منه خطأ في تأدية وظيفته بالذات ، وهذا صحيح ، لأن من واجبات الخفير أن يحرس العزبة وسكانها في أثناء الليل ، وأن يحول دون السطو عليها ، فإذا انتقض على هذا الواجب في الوقت الذي هو مكلف فيه به ، بأن سرق شيئا من العزبة ، أو سطا عليها ، أو اتفق مع لصوص على السطو عليها ، أو صور حادث سطو ليستر به قتل غريم له ، فان أخلاقه بواجبه على هذه الصورة يعتبر دون شك خطأ في تأدية الوظيفة بالذات ، تترتب عليه مسئولية وزارة الداخلية مسئولية مطلقة بقطع النظر عن الدوافع الشخصية .

٢ - انه كان للمحكمة في هذا الأساس الأول لمسئولية السيد غنى عن الأساس الثانى الذى استندت اليه وهو تجاوز الخفير حدود وظيفته بإساءة استعمال السلاح المسلم اليه وباستعمال وظيفته فى التضييل بالمجنى عليه ، بل انه لو اقتصر الأمر على هذا الأساس الأخير وحده لتعين الحكم بنفى المسئولية عن الوزارة بناء على أن الخفير قد ارتكب فعلته بعامل شخصى خاص به وحده ولا شأن لها به . أما وقد بنت المحكمة مسئولية الوزارة على الأساسين معا فقد استطاعت أن تضرب صفحا عن الباعث الشخصى ولم يساعدنا على ذلك الا أنها بدأت بتكليف فعل الخفير بأنه خطأ فى تأدية الوظيفة بالذات .

٣ - ان المحكمة اذ عولت الى حد ما على كون وظيفة الخفير هى التى هيات له ظروف ارتكاب الحادث ، قد راعت فى ذلك - كما راعته فى الحكم السابق أيضا - أنه لولا وظيفة التابع لما استطاع ارتكاب ما ارتكبه على المجنى عليه . فهى بذلك قد ضمت شرط السببية الى شرط كون الوظيفة هى التى سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار ، بل الواقع انها لم تتكف بهذا الشرط الأخير وحده - كما قد يتبادر الى الذهن بادىء الأمر من عبارتها الأولى - وانما اشترطت أن تكون بين الوظيفة والعمل الضار رابطة سببية مباشرة طبقا لنظرية تعادل الأسباب (انظر كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٦) ، وما عولت على كون الوظيفة سهلت ارتكاب الفعل الضار الا باعتبار هذا الظرف عنصرا من عناصر تقدير تلك السببية .

خلاصة البحث : وخلاصة ما تقدم أن محكمة النقض قد أصابت من الناحية الموضوعية فى هذين الحكمين ، وحققت العدالة ، وانها كانت تستطيع أن تصل الى ذلك حتى لو التزمت تفسير المادة ١٥٢ بغير توسع . أما وقد توسعت فى هذا التفسير - ودون حاجة ملجئة الى ذلك - فينبغى أن نأخذ ما قررته فى شئ من التحفظ ، فاذا جاريناها فى التسليم بضرورة مد مسئولية السيد الى ما يقع من

التابع في تجاوز حدود وظيفته ، وجب أن نكتفى في تعيين ما يعتبر تجاوزا لحدود الوظيفة بالتعويل على مجرد وقوع الفعل الضار من التابع في الوقت المخصص لتأدية وظيفته ، ولا على كون الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب ذلك الفعل ، وكان لنا أن ننتظر من محكمة النقض أن تعيد النظر في هذه المسألة — كلما دعته الى ذلك ظروف القضايا التي تعرض عليها — حتى توفق الى وضع ضوابط تكون أقرب الى الكمال وأدنى الى تحقيق العدالة .

غير أنه يبدو لنا منذ الآن أنه مهما كان الضابط الذي يستقف عنده محكمة النقض ، فلا بد من التسليم بأنه سيخرج بمسئولية السيد في هذه الحالة عن أن يكون أساسها الخطأ المفروض في الرقابة والتوجيه ، ويجعلها تقوم على نظرية تحمل التبعة ، وأنه سيبقى هناك دائما محل للفرقة بين مسئولية السيد عن خطأ تابعه في تأدية وظيفته بالذات ، وبين مسئوليته عن الخطأ في تجاوز حدود الوظيفة ، فتكون المسئولية في الحالة الأولى مطلقة لا يؤثر فيها أن يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصي . أما في الحالة الثانية ، فمسئولية السيد تمتد بما صدر عن التابع من تجاوز حدود الوظيفة ، ولكنها تعود فتنتفى إذا كان التابع قد ارتكب الفعل الضار في أثناء تجاوز حدود وظيفته بدافع شخصي (٣١) .

(٣١) وقد اتجهت نية واضعي مشروع تنقيح القانون المدني المصري في هذا الشأن الى تنقيح أحكام المحاكم المصرية بخصوصه ولا سيما أحكام محكمة النقض الأخيرة التي كنا قد وجهنا إليها ما تقدمت الإشارة إليه من نقد ، فنصوا في المادة ١٧٨ من المشروع على أن « يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخلا في أعمال الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسؤولا كذلك إذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن للمتبوع حق في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه وكان يملك أمر فصله — ويستطيع المتبوع أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر » .

وبين من نص الفقرة الأولى من هذه المادة قصد واضعي المشروع الأخذ =

= بما ذهبت اليه محكمة النقض في قضائها الاخير من توسع في مسئولية المتبوع يجعل هذه المسئولية غير مقصورة على ما يقع من التابع من اخطاء في تادية وظيفته بالذات ، بل شاملة أيضا كل خطأ تكون وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة لارتكابه ، وتقدم القول ان محكمتنا العليا كانت جاوزت بما ذهبت اليه في هذا الشأن أقصى حدود التوسع التي وصلت اليها المحاكم الفرنسية ولم يغب عن واضعي المشروع ان الأخذ بذلك يجعل كفة المصاب ترجح كفة المتبوع رجحانا يخل بما ينبغي أن يتوخاه المشرع من توازن بين المصالح المتعارضة ، فعملوا على اعادة هذا التوازن بأن لجازوا في الفقرة الثالثة للمتبوع أن يدفع مسئوليته بقاتلة الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع .

غير أنه لما عرض المشروع على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، أخذت بما كنا قد وجهناه الى أحكام محكمة النقض المصرية من نقد . « ورات عدم الموافقة على الحكم الوارد في الفقرة الاولى من المادة ، ولو ان احكام محكمة النقض المصرية مطردة في تقرير المسئولية اذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، لان تقنين مثل هذا الحكم المتقبن من أحكام المحاكم عمل تشريعي غير سليم ، ومن المستحسن الاستمرار على الوضع الحالي وترك الامر لتقدير القضاء » .

وبناء على ذلك حذفت اللجنة العبارة السابقة من الفقرة الاولى واستعاضت عنها باضافة كلمتي « أو بسببها » الى العبارة الاولى من الفقرة ، وهكذا تألف النص الذي صدر به القانون .

وبين من الادوار التي مر بها هذا النص ان المشرع قصد به تقنين احكام المحاكم ، فيها عدا الصيغة التي كانت محكمة النقض قد أخذت بها فيما يتعلق بكون الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، أي أنه لم يقصد قصر مسئولية المتبوع على الاحوال التي يكون ما وقع فيها من التابع خطأ في تادية الوظيفة بالذات ، بل جعلها تشمل الحالات التي يكون فيها خطأ التابع قد وقع منه بسبب الوظيفة ، أي أنه وقع منه في نشاط خارج من حدود الوظيفة بالذات ، ولكنه يتصل بها بعلاقة سببية وثيقة بحيث يعتبر امتدادا لها ، سواء اكان هذا الامتداد من طريق التزيد في عمل من أعمال الوظيفة أم كان من طريق اساءة استعمال شئون الوظيفة كما تقدم .

وبناء على ذلك يمكن القول ان مسئولية المتبوع وفقا للتقنين الجديد تشمل أحوال مسئوليته التي كانت مقرررة قضاء في ظل التقنين الملغى ، فيما عدا حالة كون الوظيفة هي التي هيأت للتابع ارتكاب العمل غير المشروع ، فنن المسئولية في هذه الحالة لا تقوم الا اذا توافرت صلة السببية المباشرة بين الوظيفة والعمل غير المشروع أي اذا ثبت أنه لولا الوظيفة لما ارتكب التابع ذلك العمل .

ونرى ان التفرقة التي تقدم ان المحاكم المصرية قد استطبقتها في ظل التقنين الملغى — فبمسا يتعلق باثر ارتكاب التابع عمله غير المشروع بدافع شخصي — بين أعمال التابع التي تعد خطأ في تادية وظيفته بالذات وأعماله التي تعد تجاوزا لحدود الوظيفة ، ان كانت تعتبر في ظل التقنين الملغى ^{٣٣}

مسئولية السيد عن فعل تابعه وشرط وقوع فعل التابع حال تادية وظيفته (٣١) :

استعرضنا في تعليقات سابقة قضاء محكمتنا العليا في شأن مسؤولية السيد عن فعل تابعه وبخاصة ما يتعلق منه بشرط وقوع فعل التابع حال تادية وظيفته ، وانتقدنا التوسع الهائل الذي سارت عليه محكمة النقض في تطبيق هذا الشرط ، ووقفنا في النهاية عند حكم صدر من دائرتها المدنية بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٢ بدا لنا منه أن المحكمة أخذت تتشكك في صحة هذا التوسع وتضع عليه علامة استفهام تمهيدا لضبطه وتقييده (أنظر مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٣ ص ١٥٥ وما بعدها) .

وبيدو أن هذا الشك الذي كان قد ساور الدائرة المدنية حينما قد

تفرقة اجتهادية لا تستند الى نص ، فقد أوجد لها التقنين الجديد سنداً قانونياً بنصه في المادة ١٧٤ منه على مسؤولية المتنوع عما يرتكبه تابعه « في حالة تادية وظيفته أو بسببها » ذلك أن الفعل الضار الذي يكون مسبباً أنه لم يرتكب في حالة تادية الوظيفة لا يمكن أن يعتبر مرتكباً بسبب الوظيفة متى ثبت أن التابع قد ارتكبه بدافع شخصي كالانتقام أو غيره .

وإذن فالنص يؤيد أن المتنوع يسأل عن الخطأ الذي يرتكبه تابعه في تادية الوظيفة بالذات ولو ارتكبه بدافع شخصي لأن هذا الدافع لا يثنى وقوع الفعل حال تادية الوظيفة كما أن النص يؤيد عدم مسؤولية المتنوع عما يرتكبه التابع عنكما يجاوز حدود وظيفته بدافع شخصي لأن هذا الدافع يثنى ارتكاب الفعل بسبب الوظيفة .

وقد قضت بذلك محكمة النقض حيث قررت في ٢٦ يناير ١٩٥٤ أن المادة ١٧٤ قد جعلت مسؤولية المتنوع منوطة بأن يكون عمل التابع غير المشروع واقعاً منه في حالة تادية وظيفته أو بسببها . وإذن فمتى كان الخسران المتهم لم يكن عند ارتكابه جريمة القتل يؤدي عملاً من أعمال وظيفته — مادام أنه كان قد تخلى عن عمله الزمسي وغادر منطقة حراسته للطرق الزراعية خارج البلدة التي كان الحادث داخل البلدة ، إذ خف اليه عندما سمع بالمشاجرة للاعتداء على خصومه وقتل المجنى عليه — وكان المتهم لم يرتكب جريمة بسبب الوظيفة وإنما قتل المجنى عليه لنصرة فريقه ولشغفه ما يضلّه من غل وحقد نحو خصومه وانتقاماً منهم ، متى كان ذلك فإن وزارة الداخلية لا تكون مسؤولة عن جريمة خسران مادامت وقعت خارج منطقة حراسته ولم تكن في حالة تادية وظيفته ولا بسببها .

(٣١) هذا الحكم لم يكن قد نُشر بعد عند تغليقنا عليه ، ثم نشر في المحاماة

تبدد ، وذهب معه كثير مما علقنا عليه من أمل في إعادة النظر في أمر ذلك التوسع في مسئولية السيد عن فعل تابعه ، فقد أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض حكما حديثا بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ (٣٢) في الطعن المقيد بجدول المحكمة نمرة ١١٥ سنة ١٥ قضائية و بجدول النيابة نمرة ١٢٤ سنة ١٩٤٥ انحازت فيه الى قضاء الدائرة الجنائية الذى سبق لنا نقده وأقرت التوسع في مسئولية السيد من عدة وجوه .

ويتلخص الوقائع التى صدر فى شأنها هذا الحكم الأخير فى أن كونستابل انتدب من بنها الى القاهرة فى مأمورية رسمية هى القبض على أحد المجرمين ، وكان الكونستابل يحمل مسدسا حكوميا سلم اليه عند مغادرته بنها . وذهب الكونستابل فى القاهرة لزيارة أسرة قريبة له ، وفى أثناء مجالسة الأسرة لزائرها طلب أحد أبنائها من والده نقودا ، فشهرك الكونستابل مسدسه عليه ليرهبه مداعبا ، فانطلق منه خطأ مقذوف أصاب العلام ووالده . فطالب المجنى عليهما الكونستابل ووزارة الداخلية بالتعويض . ودفعت الوزارة مسئوليتها بأن الكونستابل لم يكن وقت وقوع الحادث يؤدى عمله لديها بل كان فى زيارة شخصية بحتة . وردت محكمة الموضوع على ذلك بقولها : « ان الآلة النارية (المسدس) التى نشأت عنها الإصابة لم يستلها الكونستابل المذكور من الوزارة الا بحكم وظيفته وبسبب وجود هذا المسدس معه كموظف استطاع أن يلهو به ويعبث فى دار المصابين فيصوبه اليهما من غير أن يتحقق من خلوه من الرصاص . وهو عمل ينطوى على رعونته واهماله وعبث بما فى عهده من سلاح يجعل الوزارة باعتبارها مخدمته مسئولة عن نتائجه » .

وقد طعنت الوزارة فى هذا الحكم بأنه أخطأ فى تفسير المادة ١٥٢ مدنى وفى تطبيقها ، إذ أن هذه المادة لا تلزم السيد بتعويض عن أفعال خدمه الضارة الا اذا وقعت منهم حال تأدية وظائفهم ، وهى استثناء

جاء على خلاف القاعدة العامة التي تجعل أساس المسؤولية خطأ المسئول نفسه ، والإستثناء لا يجوز التوسع فيه • ولما كان مناسط مسؤولية السيد هو بصريح النص وقوع الخطأ من الخادم حال تأدية وظيفته وكان الفعل المنسوب الى الكونستابل وقع منه وهو لا يؤدي وظيفته ، فان محكمة الموضوع اذ آخذت الوزارة بعمله وفقا للمادة ١٥٢ تكون قد أخطأت في تطبيقها • ولئن كان بعض الفقهاء والمحاكم قد توسع في تطبيق هذه المادة فجعلها تتناول الأحوال التي لا يقع فيها الفعل من الخادم حال تأدية الوظيفة اذا كان هو قد تجاوز حدودها أو أساء استعمالها أو كان الفعل وقع منه بمناسبتها ، فان في ذلك خطأ في تفسير نص استثنائي بما لا يحتمله • على أن أكثر الآراء تطرأ في توسيع مسؤولية السيد يقول بانعدامها اذا قام اتصال من لحقه الضرر بالخادم على أساس صفته الشخصية لا باعتباره تابعا ، وزيارة الكونستابل لمنزل المطعون ضده لم يكن لها شأن بوظيفته ، وكذلك تنعدم مسؤولية السيد اذا كان الباعث على الفعل غريبا عن الوظيفة كما هو الحال في واقعة الدعوى •

وقد رغضت محكمة النقض هذا الطعن وردت عليه : « بأن القول بأن المادة ١٥٢ مدني اذ نصت على مسؤولية السيد عن فعل خادمه جاءت استثناء من الأصل المقرر بالفقرة الأولى من المادة ١٥١ الذي بمقتضاه لا يسأل الانسان الا عن فعله هو قول ليس له سند من النص ولا من علة تشريعية ، بل القول الحق هو أن مسؤولية السيد أساسها خطؤه بسوء اختيار من عهد اليهم بخدمته وبتقصيره في مراقبتهم • ومن ثم لا تكون المادة ١٥٢ الا تطبيقا خاصا لقواعد المسؤولية الشخصية وقد كان يمكن الاستغناء عنها بعموم نص المادة ١٥١ لو لم يرد الشارع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده • ومتى كان ذلك مقررا وجب تفسير هذه المادة بحيث يسرى حكمها على كل حالة تتناولها عبارتها وفحواها •

وبما أن هذه المسادة تقرر مسؤولية السيد عن « الضرر الناشء

لغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم في حال، تأدية وظائفهم » .
وتعميم النص على الاضرار الواقعة حال تأدية الوظيفة ، دون قصره
على الأضرار الناشئة من تأديتها ، لا يجعل مسئولية السيد قاصرة على
أعمال الوظيفة فحسب ، بل يجعلها شاملة لكل فعل ولو لم يكن من أعمال
الوظيفة لكن هيأه للخدمه أداؤها بحيث لولا هذا الإداء ما كان الفصل
يقع كما وقع ، وان كان هذا محل خلاف في القانون الفرنسى حيث تبدو
الفقرة الثالثة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى اذ تقول :
du dommage causé par leurs domestiques de préposés dans les
fonctions auxquelles ils sont employés

ضيقة المدى ، فأحرى بهذا الخلاف ألا يوجد في القانون المصرى حيث
تتسع المادة ١٥٢ بقولها :
du dommage cause par ses serviteurs
quand ce dommage a été causé par eux en exerçant leurs fonctions
لكل الأضرار الواقعة حال أداء الوظيفة سواء كانت ناشئة
عن خطأ في أعمال الوظيفة نفسها أو في أعمال هيأها للخدمه
قيامه بالوظيفة في الحدود المرسومة من قبل ... (ويعد أن
استعرضت المحكمة الوقائع قالت) : ... وهذا يفيد أن أداء الوظيفة
هو الذى هيأ للموظف الفعل الذى نشأ عنه الضرر ، ومتى كان ذلك
كذلك فلا عبرة بالبائع الذى دفعه الى فعلته ، وهذا وليس في الواقع
الذى أثبتته الحكم ما يفيد أن الضرر الذى لحق المطعون ضده وابنه وقع
نتيجة الزيارة الشخصية التى كان الكونستابل يؤديها لهما حتى يقال أن
المطعون ضده وابنه كانا اذ ذاك على اتصال به بصفته الخاصة لا باعتباره
تابعا بل أن الضرر وقع نتيجة عبث الموظف بسلاح في عهده بحكم وظيفته،
فلا مفر للوزارة من المسئولية » .

ويمكن تلخيص ما قررته محكمتنا العليا في النقاط الآتية :

١ — ان نص المادة ١٥٢ مدنى المقرر لمسئولية السيد ليس نصا
استثنائيا ، واردا على خلاف القاعدة الأصلية المقررة في المادة ١٥١
فقرة أولى التى تقصر مسئولية المرء على ما يقع منه شخصا ، وانما

هو تطبيق خاص لتلك القاعدة • وبناء على ذلك يجب تفسيره بحيث يسرى حكمه على كل حالة تتناولها عبارته ولغواه •

٢ — ان أساس هذه المسؤولية خطأ السيد بسوء اختيار من عهد اليهم بخدمته ويتقصيره في مراقبتهم •

٣ — ان نص المادة ١٥٢ مدنى مصرى أعم من نص المادة ١٣٨٤ فقرة ثالثة فرنسى ، وانه بسبب ذلك العموم يتسع لكل الأضرار الواقعة حال أداء الوظيفة سواء كانت ناشئة عن خطأ فى أعمال الوظيفة نفسها أو فى أعمالها للخادم قيامه بالوظيفة فى الحدود المرسومة من قبل •

٤ — انه متى كان أداء الوظيفة هو الذى هيا للموظف الفعل الذى نشأ عنه الضرر فلا عبرة بالبائع الذى دفعه الى فعلته •

٥ — انه إذا كان المجنى عليه على اتصال بالموظف بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً لا يكون السيد مسئولاً عما يقع من تابعه فى أثناء ذلك •

ونلاحظ على ثلاث المسائل الأولى أن ما قرره بشأنها هذا الحكم ينقض ما سبق أن قرره بشأنها الحكم الصادر من ذات الدائرة المدنية بتاريخ ١٤ مايو ١٩٤٣ (المحاماة ٢٣ — ٣٨٧ — ١٦٩) السابق الإشارة اليه •

فمن المسألة الأولى ، سبق أن قرر ذلك الحكم أن تلك المادة (المادة ١٥٢) يجعلها المسؤولية تمتد الى غير الذى أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٥١ من القانون المدنى التى تقصر الالتزام بالتعويض على محدث الضرر ، وأنه بناء على ذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الامتداد الا فى الحدود التى رسمها القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من المتبوع أثناء قيامه بالوظيفة •

والواقع أن المسؤولية المقررة بالمادة ١٥٢ ، حتى مع التسليم بأن أساسها خطأ السيد في اختيار تابعه وتقصيره في مراقبته ، فيها خروج على القواعد العامة على الأقل فيما يتعلق منها بوجوب اثبات خطأ المسئول . وقد أقر حكم الدائرة المدنية الأخير بأنه كان يمكن الاستغناء عن نص المادة ١٥٢ بمعوم نص المادة ١٥١ لو لم يرد الشارع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده . ونرى أن في هذا ما يكفي لاعتبار نص المادة ١٥٢ نصا استثنائيا لا يجوز التوسع في تفسيره .

أما عن المسألة الثانية ، فإن القول بأن أساس مسؤولية السيد خطؤه في اختيار تابعه وفي مراقبته لا يزال محل خلاف . وقد سبق لنا أن استعرضنا تطور هذه الفكرة (راجع مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ وما بعدها) ، ويكفي هنا أن نشير إلى أن أحكاما غير قليلة صدرت من محكمتنا العليا وفيها اعتراف بأن أساس مسؤولية السيد عن فعل تابعه ليس خطأه في اختياره ومراقبته ، من ذلك حكم ١٤ مايو ١٩٤٢ السابق الإشارة إليه حيث يقول « أن هذا الاستثناء ليس له من مسوغ مقبول — على كثرة ما قيل في هذا الصدد — سوى أن شخصية المتبوع تمتد إلى التابع بحيث انهما يعتبران شخصا واحدا » (وهذه هي نظرية اتحاد الشخصين *théorie de la confusion* ، راجع كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٢٣) . وكذلك حكم ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ (القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦) الذي قضى بمسؤولية السيد القاصر ، بالرغم من عدم بلوغه سن التمييز ، باعتبار أن هذه المسؤولية ان هي الا مسؤولية مفترضة افتراضا قانونيا ، ولا محل للبحث فيها عن امكان وقوع خطأ من السيد . وقد ورد في مذكرة النيابة العمومية المقدمة في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم « اننا بصدد نوع من المسؤولية لا يعصم منه رشد ولا عقل ولا يفيد في دقعة استشهاد الشفخص بحيطة وتبصره ، اذ هي مسؤولية فرضها القانون فرضا وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد الى ذمة الخادم تأمينا للمضروب

وتيسيرا له في اقتضاء التعويض الذى يستحقه (القانون والاقتصاد
٧ — ٣ — ٣٠ فى الهامش) • وفى هذا المعنى أيضا نقض ٢٥ مايو سنة
١٩٤٢ المحامة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ •

وانى أرى أن فى كل من الرأيين جانباً من الصواب • فبالقدر الذى
يسأل فيه السيد عما يقع من تابعه ويكون داخلا فى ضمن أعمال وظيفة
هذا التابع يمكن اعتبار أساس مسئولية السيد خطأه فى اختيار تابعه
وفى مراقبته • ولكن يتعذر ذلك فيما يجاوز هذا القدر ، ويتعين البحث
عن أساس آخر لمسئولية السيد كتنظرية اتحاد الشخصين أو نظرية كفالة
السيد للتابع أو نظرية الغرم بالغنم اذا سائرنا محكمة النقض فيما
ذهبت اليه من توسيع مسئولية السيد وشمولها كل خطأ يقع من التابع
فى أية صورة من الصور التى يعتبر فيها مجاوزا حدود وظيفته • (أنظر
تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٦٠) •

أما عن المسألة الثالثة المتعلقة بمقارنة النصين المصرى والفرنسى
واعتبار الأول أعم من الثانى ، فان ما ذهبت اليه محكمة النقض فى
حكمها محل هذا التعليق ينقض صراحة ما سبق أن قررته هذه المحكمة
ذاتها فى حكم ١٤ مايو ١٩٤٢ السابق الاشارة اليه حيث قالت « ان المادة
١٥٢ من القانون المدنى تقتضى لمساءلة المخدم أن يكون الضرر الذى
أصاب الغير ناشئا عن فعل الخادم فى حالة تأدية وظيفته *en exerçant ses fonctions* : وهذه العبارة يقابلها فى المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى
dans les fonction auxquelles ils les ont employes والعبارتان مؤداهما
واحد ، ولا فرق بينهما الا من حيث ان النص فى القانون المصرى قد
لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود » (المحامة ٢٣ — ٣٨٨ —
١٦٩) •

ومن الواضح أن عدول المحكمة فى حكمها محل هذا التعليق عما
قررته فى الحكم السابق انما كان توصلا للقول بأن عبارة القانون
المصرى تتسع لمساءلة السيد عن كل الأضرار التى تقع من التابع حال

تأدية وظيفته سواء أكلنت ناشئة عن خطأ في أعمال الوظيفة ذاتها أم في أعمال هيأها للخادم قيامه بالوظيفة في الحدود المرسومة من قبل .
وقد سبق لى أن استعرضت قضاء محكمةنا العليا فيما يتعلق بمسألة السيد عن فعل تابعه لمجرد كون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب الفعل الضار ، وقد استعرضت ذلك في ضوء آراء الشراح وأحكام المحاكم المختلطة والمحاكم الفرنسية والمحاكم البلجيكية وانتهيت من كل ذلك الى أن كون وظيفة التابع هى التى هيأت له ارتكاب الفعل الضار لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التى يعتمد عليها القاضى فى الاستدلال على حصول التجاوز فى حدود الوظيفة ، وأنه يجب فيه أن تكون التسهيلات التى هيأتها الوظيفة للتابع بحيث تجعل الخطأ مرتبطا بالوظيفة ارتباطا مباشرا ، أى بحيث لو لم تكن الوظيفة ما استطاع التابع ارتكاب الفعل الضار (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ وما بعدها) . ولعل محكمة النقض شعرت فى الحكم محل هذا التعليق بخطورة التعويل — دون قيد — على مجرد كون وظيفة التابع قد هيأت له ارتكاب الفعل الضار ، فترأت تقييد ذلك بأن يكون الخطأ وقع من التابع فى أعمال هيأها له قيامه بالوظيفة فى الحدود المرسومة من قبل .

أما عن المسألة الرابعة المتعلقة بعدم اقامة أى وزن فى مسؤولية السيد للبائع النسخى الذى يكون قد دفع التابع الى ارتكاب الفعل الضار ، فإن ذلك يتعارض وما سبق أن قضت به محكمة النقض فى حكمين صدرأ فى يوم واحد بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ وفى حكمين آخرين بتاريخ ٢٢ أبريل ١٩٤٠ و ٢٧ يناير ١٩٤١ (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨١ وما بعدها) ، وعندى أن المحكمة كانت تستطيع فى هذه الدعوى تفادى الاصطدام بقضائها السابق فى هذا الشأن ، إذ أن البائع الشخصى انما يقام له وزن عند تعيين مسؤولية السيد فى جرائم العمد فقط لا فى جرائم الاعمال كما هو الشأن فى هذه الدعوى ، هذا فضلا عن أنه حتى فى جرائم العمد لا يترتب على البائع الشخصى الذى دفع التابع الى ارتكاب الفعل الضار نفي مسؤولية السيد الا اذا كان ما وقع

من التابع قد وقع منه أثناء تجاوزه حدود وظيفته — لا أثناء قيامه بعمل داخل في ضمن أعمال وظيفته — وكان الباعث الشخصي هو الدافع الى ارتكاب ذات الفعل الضار لا الى مجرد تجاوزه حدود الوظيفة الذي وقع ذلك الفعل في أثناءه (أنظر تعليقاتنا السابقة في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٧ نبذة ١٩) ، فمثلا اذا اختلس السائق عربة سيده ليستعملها في أمر خاص به دون سيده ، ثم ارتكب بها حادثا ، اعتبر مجاوزا حدود وظيفته بدافع شخصي ، ولكن ذلك لا يكفي لرفع المسؤولية عن سيده ، بل يجب النظر الى الحادث الذي أعقب ذلك ، فإذا ثبت وقوع ذلك الحادث باهمال أو عدم انتباه بقي السيد مسئولا ، أما اذا كان السائق قد تعمد وقوع الحادث بدافع الانتقام انتفت مسؤولية السيد . وفي الدعوى التي صدر فيها الحكم محل هذا التعليق جاوز الكونستابل حدود وظيفته بدافع شخصي اذ توجه في أثناء انتدابه بالقاهرة لزيارة أسرة قريبة له ولكن الفعل الضار الذي وقع منه في أثناء هذا التجاوز خطأ باهمال ورعونة كما وصفته محكمة الموضوع فلا محل للبحث فيه عن دافع شخصي .

أما المسألة الخامسة التي استخلصناها من الحكم محل هذا التعليق ، وهي المتعلقة بنهي مسؤولية السيد عن الأضرار التي يسببها تابعه الأشخاص جمعتهم بهم صلة أساسها صفته الشخصية لا اعتباره تابعا لسيده ، فإن قضاء المحكمة بها يطابق ما أجمعت عليه الشراح ، وما سارت عليه المحاكم الفرنسية والبلجيكية ، وإن كانت محاكمنا المصرية ، فيما نعلم ، لم تتح لها فرصة تقريره قبل الآن ، فكان لذلك جديرا بالتنويه به .

مسئولية السيد عن فعل تابعه • يشترط فيها تعيين شخص التابع الذي ارتكب الفعل الضار وخضوره في الدعوى المرفوعة على السيد (*) ؟

إذا ثبت أن الفعل الضار لابد أن يكون قد وقع من أحد شخصين تابعين لمتبوع واحد ، ولم يمكن تعيين أى التابعين هو الذى ارتكب ذلك الفعل ، أيكفى ذلك لمساءلة المتبوع عن هذا الفعل الضار ؟

مسألة عملية ، قل أن تعرض لها الشراح أو تناولتها الأحكام ، ولكنها عرضت أخيراً على محكمتنا العليا فى الصورة الآتية :

ركب شخص احدى سيارات النقل المشترك ، وأراد مغادرتها عند وقوعها فى أحد المواقف المخصصة لذلك ، وبينما هو يهيم بمغادرتها انطلقت السيارة معاودة سيرها ، فسقط الراكب منها وأصيب بإصابات أفضت الى وفاته •

رفعت النيابة الدعوى العمومية فى بادئ الأمر على المحصل ، ولكن المدعين بالحق المدنى أدخلوا فيها السائق أيضاً ووجهت اليه تهمة القتل الخطأ ، ثم توفى السائق فى أثناء نظر الدعوى وتنزل المدعون بالحق المدنى عن مقاضاة ورثته • وثبت للمحكمة أن الراكب لم يقع منه أى خطأ ، وأن الحادثة وقعت اما بخطأ من المحصل اذا كان هذا قد أعطى السائق إشارة القيام قبل التحقق من نزول الراكب ، واما بخطأ السائق اذا كان هذا قد حرك السيارة دون انتظار الإشارة بذلك من المحصل • ولأن المحكمة لم تستطع أن تتبين ما اذا كانت معاودة السير بالسيارة حصلت بناء على إشارة المحصل بذلك أو بدون هذه الإشارة ، اعتبرت الخطأ شائعاً ما بين المحصل والسائق ، ولو أن المقطوع به أنه وقع من

أحدهما • وبناء على ذلك قضت بأن التهمة غير ثابتة على أى منهما ، وحكمت ببراءة المحصل ويسقط الدعوى العمومية بالنسبة الى السائق المتوفى ، وألزمت مصلحة النقل المشترك بالتعويض بصفتها المسئولة المدنية عن حادثة وقعت بخطأ موظفيها فى أثناء تأديتهم خدماتهم وبسببها (المادة ١٥٢ مدنى) •

وقد أيدت محكمة النقض ذلك فى حكمها الصادر فى ٢٢ نوفمبر ١٩٤٣ حيث قررت : « ان ما أثبتته الحكم من أن الحادث لابد وأن يكون قد نشأ عن خطأ أحد المتهمين ، الكمسارى أو السائق ، وهما تابعان لادارة النقل المشترك الطاعنة ، يؤدى الى مساءلتها مدنيا عن نتيجة هذا الحادث على أساس أنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدماتهم • ولا يحول دون ذلك عدم استطاعة المحكمة تعيين من المخطئ منها ، اذ يكفى لمساءلة المخدم مدنيا أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ أحد خدمه ، ولو تعذر تعيين المخطئ منهم • وليس فى الزام الطاعنة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى خروج على القواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن تبرئة الكمسارى قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى الى وقوع الحادث • أما مسئولية الطاعنة ، فمؤسسه على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان فى السيارة » (المحاماة ٢٦ — ٣٧٢ — ١٣٧) •

وقد يعترض على ما ذهب اليه هذا الحكم بأن فيه تجاهلا لطبيعة مسئولية السيد باعتبارها مسئولية ثانوية تقوم الى جانب مسئولية التابع الأصلية تسهила لحصول المصاب على حقه فى التعويض وصمانا له ضد اعسار التابع مما يتعين معه عدم قيام مسئولية السيد مادامت مسئولية التابع غير قائمة (٣٤) ، لأن القول بغير ذلك يؤدى الى الزام السيد بوفاء التعويض دون أن يكون له حق الرجوع على تابعه •

ولكن يرد هذا الاعتراض بأن القانون اذ جعل السيد ملزما بتعويض الغير عن الضرر الناشئ من أفعال خدمته لم يشترط في ذلك قيام مسؤولية التابع ولا ثبوت حق السيد في الرجوع على تابعه . واذن يكفي أن يثبت أن الضرر نشأ عن أفعال خدمته في حال تأدية وظائفهم ، ولو لم يمكن تعيين الخادم الذي ارتكب الفعل الضار (٣٥) . وإذا كان ذلك يؤدي في هذه الحالة الى حرمان السيد من حق الرجوع فان الفرق من الناحية العملية بين هذه الحالة وبين الغالبية الكبرى من الحالات الأخرى ليس كبيرا ، اذ يستوى أن يكون التابع المخطئ لم يمكن تعيينه ، أو أن يكون قد أمكن تعيينه ولكنه معسر .

وكانت مصلحة النقل المشترك في الدعوى محل هذا التعليق قد احتجت بأن السائق بعد وفاته لم يصبح خصما في الدعوى وأصبح ممتنعا الحكم على المصلحة باعتبارها مسئولة عن عمله ، لأن مسؤولية المخدم متفرعة عن مسؤولية الخادم ومؤسسة عليها فاذا ما استبعدت مسؤولية الخادم لأبى سبب امتنعت بالتالى مساهلة المخدم . فردت محكمة النقض على ذلك « بأن تنازل المدعين بالحق المدني عن مخاصمة ورثة السائق بعد وفاته لا يحول دون مساهلة الطاعنة ، اذ لا يشترط لمساءلة المخدم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضرا أو ممثلا في الدعوى التى تقام على المخدم ، بل يكفي أن يثبت وقوع خطأ من الخادم يستوجب المسؤولية ، وليس في التنازل عن مخاصمة ورثة السائق ما

(٣٥) في هذا المعنى ديبوج ج ٥ ص ١١١ نبذة ١١٦ والاحكام القليلة التى اشار اليها ، وحكم استثنائى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ منشور في المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ قضى بأنه اذا قام نزاع قضائى على ملكية أقطان ، نقدم أحد المتنازعين بلاغا فكر فيه أنه يخشى تبديد خصمه للقطن اذا استبر حائزا له ، فانتزع رجال البوليس القطن من يد المشكو في حقه ثم سلم بعد ذلك لنائب العمدة الذى سلمه بعد مدة لشيخ الخفراء ثم ظهر أن القطن استبدل به نوع آخر منقطع الرتبة ، تعتبر الحكومة مسئولة عن هذا الاستبدال ولو لم يكن في وقائع الدعوى ما يعين على تحديد الموضع الذى حصل فيه الاستبدال ، مادام من المقطوع فيه أنه حدث أما في المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الخفراء .

يفيد استبعاد المسؤولية حتى يمكن أن يترتب على ذلك استبعاد مسؤولية الطاعنة » .

وهذا الذى ذهب اليه محكمة النقض ليس خاصا بالحالة التى يتعذر فيها تعيين التابع الذى وقع منه الخطأ ، بل ينطبق فى جميع الأحوال ، لأن دعوى المصاب قبل المسئول عن الحقوق المدنية دعوى مستقلة تمام الاستقلال عن دعواه قبل الفاعل ، فيجوز للمصاب اذا سلك سبيل المحاكم المدنية أن يباشر احدى الدعوتين دون الأخرى ، وان كان الغالب أن من مصلحته أن يجمع بينهما سواء أكان ذلك للاقتصاد فى الاجراءات والنفقات أم كان لتسهيل تحقيق خطأ التابع وثبوته فى مواجهة السيد (أنظر سوردا جزء ٢ نبذة ٩٠٨) .

أما اذا سلك المصاب سبيل المحاكم الجنائية ، فلا تقبل دعواه المدنية ضد السيد الا اذا كانت مرفوعة تبعا لرفع الدعوى العمومية على التابع ، فاذا كانت الدعوى العمومية مرفوعة من النيابة العامة جاز للمدعى المدنى أن يوجه دعواه الى الفاعل وسيده أو الى أيهما دون الآخر . واذا كان تحريك الدعوى العمومية من طريق الجنحة المباشرة ، فحينئذ فقط يصدق القول بأن دعوى المدعى المدنى ضد السيد لا تقبل الا اذا ادعى مدنيا ضد التابع الجانى ، لأن المحكمة الجنائية لا تختص بها الا تبعا للدعوى العمومية ، وهذه لا تقوم — اذا لم تقمها النيابة العمومية — الا بتحريكها من طريق الادعاء مدنيا قبل الجانى (العميد القللى بك فى أصول تحقيق الجنايات الطبعة الأولى ص ١٢٩) .

(د) مسؤولية المتبوع بوجه عام (*)

مسئولية المتبوع : اعتزم جرجس عوض الله أفندي ناظر المدرسة الثانوية بسوهاج القيام برحلة مدرسية ، واستعار لذلك سيارة الدكتور بشرى يواقيم ، وفي عشية اليوم المعين للرحلة كلف غطاس عياد سائق سيارة أسعد أفندي كيرلس أن يذهب الى الجراج الذى به سيارة الدكتور بشرى ويجريها ويحضرها الى المنزل ، فترك السائق سيارة مخدمه أسعد كيرلس أمام باب المنزل فى الشارع وذهب الى الجراج فأخرج منه سيارة الدكتور بشرى ثم عرج بها من شارع الى آخر لشحن بطايرتها وفى أثناء ذلك صدم توفيق عثرى خليل لهقتله .

رفعت الدعوى العمومية على غطاس عياد لعقابه بالمادة ٢٣٦ ع .
وادعى والد القتيل بالحق الدنى قبله وقبل الدكتور بشرى مالك السيارة وجرجس أفندي عوض الله ناظر المدرسة .

ومحكمة الجنج أدانت المتهم وألزمته بالتضامن مع المدعى عليهما بدفع تعويض للمدعى الدنى ، فاستأنف المتهم والمدعى عليهما حكم التعويض ، والمحكمة الاستئنافية أيدت الحكم فيما يتعلق بالمتهم وناظر المدرسة ، ولكنها ألغته فيما يختص بمالك السيارة بعد أن ثبت لديها أنه لم يرتكب أى خطأ فى تسليم السيارة للمتهم وأنه لم يتدخل فى اختياره حتى يمكن اعتبار السائق تابعاً له ، وبعد أن قررت أنه لا يمكن مساءلته باعتباره مالكا للسيارة لأن القانون المصرى لا يعترف بمسئولية المرء عن مخاطر ملكه . وبنت حكمها على ناظر المدرسة بالتعويض على أنه هو الذى اختار المتهم وعهد اليه باحضار السيارة ، ولم تأخذ بدفاعه الذى ساقه للتبصل من المسؤولية والذي بناء على أن المتهم غطاس عياد

كان وقت الحادثة سائقا عند أسعد كيرلس بل قالت ان هذه الواقعة لا تنفي مسؤوليته هو لأن المتهم كان وقت الحادثة يعمل في خدمته شخصيا لا في خدمة أسعد كيرلس الذي لم يثبت من التحقيق أنه سمح لسائقه بالعمل على السيارة التي صدمت المجنى عليه .

طعن جرجس عوض الله في هذا الحكم بأنه أخطأ في تطبيق القانون اذ اعتبره مسئولا عن فعل المتهم وألزمه معه بالتعويض بموجب المادة ١٥٢ مدني على اعتبار أن المتهم كان خادما عنده ، في حين أن الواقعة ليس فيها ما يسوغ القول بوجود علاقة التابع بالمتبوع بين السائق والطاعن وذلك (أولا) لأن استعارة السائق كانت مؤقتة ببضع دقائق لتجربة السيارة واحضارها من منزل صاحبها استعدادا للرحلة في اليوم التالي بدليل أن السائق ترك سيارة مخدومه في الشارع ليعود اليها بعد قليل فلا يمكن اعتباره أثناء هذه المدة الوجيزة أنه قد تخلى عن خدمة مخدومه ، كما لا يمكن القول بأن حق التوجيه وحق الرقابة — وهما الأساس في القول بمسؤولية المخدوم عن عمل خادمه — انتقلا من مخدوم السائق الى الطاعن ، و (ثانيا) لأن تعريض السائق بالسيارة الى حيث أراد شحن البطارية لم يكن داخلا في المأمورية التي كلفه بها الطاعن بل عمله من تلقاء نفسه فلا يكون الطاعن مسئولا عنه .

وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن بحكمها الصادر في ١٥ فبراير ١٩٤٣ في القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية (لم ينشر بعد) وقالت في أسباب حكمها :

« وحيث ان قوام علاقة المتبوع بالتابع في مقتضى المادة ١٥٢ مدني هو ما للمتبوع من سلطة على التابع في توجيهه ورقابته ، فكما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة وترتبت المسؤولية عن فعل الغير على أساس مساعلة المتبوع عما يقع من التابع ، ولا يهم بعدئذ أطالت مدة قيام هذه السلطة أم قصرت ، اذ العبرة بوجودها فحسب ، فان القانون لا يتطلب زيادة عليها لقيام تلك العلاقة .

« وحيث انه متى وجدت العلاقة بين المتبوع والتابع ، فان المتبوع يكون مسئولاً عن تعويض الضرر عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلما كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذى عهد اليه به ، أو بمناسبته فقط متى كان هذا العمل هو الذى سهل وقوع الفعل الضار أو هيأ الفرصة لوقوعه بأية طريقة كانت ، فان نص القانون عن هذه المسئولية في المادة ١٥٣ مدنى مطلق عام يسرى على الحالتين .

« وحيث انه وان كان الحكم المطعون فيه أقام مساهلة الطاعن على أنه هو الذى اختار المتهم ولم يتحدث عن سلطة التوجيه والرقابة التى لا تقوم المسئولية الا بتوغرها والتى تتضمن بذاتها حق الاختيار ، فان من يملك توجيه انسان في أمر من الأمور يكون مختاراً له فيه ، وان كان ذلك الا أن الوقائع الثابتة بالحكم تدل بوضوح على أن الطاعن كان له على المتهم سلطة في توجيهه ورقابته فيما يختص بالأمورية التى كلفه بها بل في اقضائه عنها . ولذلك فانه يكون مسئولاً عن تعويض الضرر عن قتل المجنى عليه ولو أن الأمورية مؤقتة بزمان وجيز أو أن المتهم تابع في الوقت ذاته لمتبوع آخر ولو كان المتهم قد ذهب من تلقاء نفسه لشحن البطارية مادام القانون لم يعين مدة لقيام علاقة المتبوع بالتابع ومادامت علاقة المتهم بمتبوع آخر ليس لها اتصال بالحادث الذى ارتكبه المتهم بسبب الأمورية المكلف بها من قبل الطاعن ومادام شحن البطارية لم يكن الا لمناسبة القيام بالرحلة التى اعترضها الطاعن » .

ونجد فيما قررته محكمة العليا ثلاث مسائل جديدة بالتنويه :

- (١) قوام مسئولية السيد بوجه عام (٢) مسئولية السيد العرضى
- (٣) مدى هذه المسئولية .

قوام مسئولية السيد : لم تكف محكمة النقض بتأسيس مسئولية السيد على اختياره لتابعه ، بل رأت أن المعول عليه في ذلك هو ما يملكه السيد من سلطة التوجيه والرقابة على تابعه ، واعتبرت أن سلطة

التوجيه والرقابة هذه تتضمن بذاتها حق الاختيار ، لأن من يملك التوجيه يملك على الأقل الاقصاء .

وقضاء المحكمة بذلك مطابق للاتجاه الحديث في هذا الموضوع . ولكن أسباب تطبيقه في هذه القضية لا تخلو من قصور . فقديما كان لاختيار السيد تابعه المقام الأول في تأسيس مسئوليته ، بل ان دوما وقد تراءى له أن القانون الروماني كان يبنى هذه المسئولية في بعض الحالات على فكرة نيابة التابع عن سيده ، وبالتالي على اختيار السيد لتابعه ، وعم هذه الفكرة وقرر أن المرء يسأل عن كل شخص يعهد اليه بعمل له (١) .

وقد جراه في ذلك فقهاء القانون الفرنسي القديم واعتبروا هذه المسئولية من شأنها أن تحفز المخدم على اليقظة في اختيار خدمه (٢) . وقال بهذه الفكرة بعض واضعي قانون نابليون في الأعمال التحضيرية (٣) . وقد رأى فيها بعض المتقدمين من شراح هذا القانون الأساس الوحيد لهذه المسئولية (٤) ، بل منهم من صرح بأن هذه المسئولية لا يصح أن تبنى على واجب السيد في رقابة تابعه (٥) . وخالفهم في ذلك فريق آخر رأوا أن مجرد اختيار التابع لا يكفي لجعل السيد مسئولا عنه ، ولا بد أن يكون على السيد واجب رقابة تابعه وتوجيهه (٦) ، بل منهم من اكتفى بهذا الواجب الأخير ولو لم يكن هناك

(١) Duma. les lois civiles 'xv1' titre e .

(٢) Bourjom le Droit commun de la franse : انظر :

livre v1, titre III ch. 1 pothier tome II, p. 50 No 131 .

وبهجت بدوى ص ١٢ .

(٣) انظر مازو نبذة ٩٣ .

(٤) هيك ج ٨ ص ٥٣٩ ، بودرى ج ٣ نبذة ٢٩١١ ، لوران ج ٢٠

ص ٦١٦ ، ديولوب ج ٣١ ص ٥٣٠ — ٥٣٣ ، كولينه مئى سلتير ج ٥ ص ٦٦٢ .

(٥) انظر المرجعين الاخيرين من الهامش السابق .

(٦) سوردا ج ٢ ص ١٣٢ نبذة ٨٨٥ ، لارومبيير ج ٨ المادة ١٣٨٤ =

اختيار (٧) . وهؤلاء جميعا متفقون على اعتبار أساس مسئولية السيد الخطأ المفترض سواء كان ذلك في الاختيار أو في الرقابة أو فيهما معا .

غير أن هذا الاعتبار يصطدم مع ما هو مقرر من أن السيد لا يجوز له دفع مسئوليته بنفى الخطأ عن نفسه . لذلك يرى كثير من الشراح الحديثين أن هذه المسئولية ليس أساسها الخطأ المفترض ، وإنما هو مبدأ تحمل التبعية أو مبدأ ضرورة الضمان ، ويعتبرون توأما علاقة التبعية شرطا لقيام هذه المسئولية لا أساسا لها (٨) ، وقد غالى بعضهم في فهم هذه التبعية فاكثفوا بالتبعية الاقتصادية ، ناظرا في ذلك إلى افادة السيد من نشاط تابعه (٩) ، ولكن الرأي الغالب يقف عند حد التبعية القانونية التي تقوم على ثبوت حق الرقابة والتوجيه ، فيجعل مقابل هذا الحق واجب تحمل التبعية أو الضمان . ثم لوحظ أن اشتراط ثبوت هذا الحق من شأنه أن يقصر علاقة التبعية ومسئولية السيد على الحالات التي تكون فيها بين السيد والتابع رابطة قانونية منشئة لهذا الحق ، فرؤى الإكتفاء بأن تكون للسيد سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه أيا كان منشأ هذه السلطة ، عقدا أو غير عقد ، ولو لم يكن للسيد حق اختيار تابعه (١٠) .

= نبذة ٨ ، أوبري ورو الطبعة الخامسة ج ٦ من ٢٨٦ ، ريبير في المجلة الانتقادية ١٩١١ من ١٤٢ ، أسلمان في ذات المجلة ١٩٢٤ من ١٩ وما بعدها ، روتسشرت من ١٢٨ .

saintellette De la responsabilité et de la garantie (٧)

لأو ٢٤٧ ، سلفاتيه ج ١ نبذة ٢٩١ .

(٨) راجع بيان هؤلاء الشراح في رسالتنا في نظرية دفع المسئولية المخنية من ١٢١ ، وروتسشرت من ١١٩ هابش ١ ، بسطوروس المادة ٢١٤ نبذة ٤ و ٥ .

(٩) سلفاتيه في دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ ، ويبسون في دالوز ١٩٢٨ —

١٢ — ١٣ ، و loup في دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ٩٧ الفقرة الثانية ،

Dallant في دالوز ١٩٣١ — ١ — ١٧١ وفي رسالته من ٨٧ .

(١٠) انظر ديبوج ج ٥ نبذة ٨٨٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ٥١٠ ،

من ٤٣ وما بعدها ، لالو الطبعة الثانية نبذة ١٠٢٣ .

والظاهر من أحكام المحاكم الفرنسية أنها بدأت باشتراط اختيار السيد لتابعه اختياراً حراً ، ثم خففت من تشدها في حرية هذا الاختيار ، فاعتبرت شرط الاختيار متوافراً ولو كان السيد مقيداً في اختيار تابعه من بين عدد معين من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة ، أو كان قد اقتصر على أن يطلب من جهة الإدارة أن تندب له جندياً يقوم بحراسة منشأته . ثم تدرجت المحاكم من ذلك إلى إغفال شرط الاختيار شيئاً فشيئاً وإلى إبراز أهمية شرط التبعية (١١) ، ثم إلى ادماج شرط الاختيار في شرط التبعية باعتبار أن سلطة الرقابة والتوجيه تتضمن سلطة العزل والإقصاء .

وقد أصبح من المحقق أن المحاكم الفرنسية لم تعد ترتب مسؤولية السيد على مجرد اختياره لتابعه (١٢) ، ويندو أن المحاكم البلجيكية لازالت تعتبر شرط الاختيار في المقام الأول من أساس مسؤولية السيد (١٣) .

أما أحكام المحاكم المصرية ، فنلاحظ فيها مثل التطور الذي حصل في أحكام المحاكم الفرنسية ، فمنها ما قضى بأن أساس مسؤولية السيد اقتراض خطئه في اختيار تابعه (١٤) ، ومنها ما بنى هذه المسؤولية على

(١١) وفي هذا يقول مازو (في نبذة ٨٨) :

De moins en moins soins souvent, la condition du choix se trouve rappelée par les arrêts Il n'est pas douteux qu'ils tendent à la faire disparaître , au moins à l'absorber dans la deuxième condition exigée pour qu'il y ait rapport de préposition: la subordination

وفي هذا المعنى أيضاً بيشو ص ١٢٦ وروتشارت ص ١٤٥ ، ولالو نبذة ٤٨٩ .

(١٢) انظر استئناف باريس ١٤ مارس ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ — ٢٧٣ .

(١٣) نقض بلجيكي ١٩ أبريل ١٩٢٨ بازكريزي ١٩٢٨ — ١ — ١٣٣ .
(١٤) استئناف مخطط ٣ مايو ١٩١٧ (٢٩ — ٢٠٤) ، ٧ مايو ١٩٢٥ الضائيت ١٧ — ٨ — ٦ (٣٧ — ٤١٥) ، ١٤ مارس ١٩٣٥ (٤٧ — ١٩٧)
وقد حكم تطبيقاً لذلك بعدم توافر علاقة التبعية بين الحكومة وجنودها =

افتراض خطأ السيد في اختيار تابعه أو في رقابته (١٥) ، ومنها ما قرر أن هذه المسؤولية لا تقوم قانونا الا على مظنة خطأ السيد في اختيار خادمه وفي مراقبته ايلاء (١٦) .

وبناء على ذلك قضى بأن مسؤولية السيد لا تقوم على مجرد اختيار تابعه ، بل لابد فيها من توافر علاقة التبعية التي تجعل للسيد أن يسيطر على أعمال التابع ، فيسيره كيف شاء بما يصدر اليه من الأوامر والتعليمات ، فمالك المنزل لا يسأل عن عمل الصانع الذي استأجره لعمل معين مادام لم يتدخل في هذا العمل (١٧) ، ومن هذا القبيل أيضا الأحكام العديدة التي قضت بأن الحكومة وأصحاب الأملاك وأرباب الأعمال لا يسألون عن أعمال المقاولين الذين يختارونهم ويمهدون اليهم ببعض الأعمال ما لم يحتفظوا لأنفسهم بالسلطة الفعلية في رقابة هؤلاء المقاولين وتوجيههم في طريقة تنفيذ تلك الأعمال (١٨) . وكذلك ما قضى به من أن اختيار ادارة المستشفى للطبيب لا يكفي لمسئولية

= استنادا الى أن الخدمة العسكرية واجب على كل مصري وليس للحكومة حرية في اختيار الجنود (استئناف أسيوط ١٩٢٨/١/٢٤ المحاماة ٨ — ٥٠٧ — ٣٢٣) .

(١٥) نقض جنائي ٦ نوفمبر ١٩٣٩ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٣٣ — ١٢ .

(١٦) نقض جنائي ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجموعة القواعد الجنائية ٢ من ٦ رقم ١٤ ، ٧ نوفمبر ١٩٣٢ ذات المجموعة ٣ من ١ رقم ١ ، ٨ نوفمبر ١٩٣٧ ذات المجموعة ٤ من ٩٠ رقم ١٠٦ ، واستئناف أسيوط ٢٠ يونيو ١٩٢٧ المحاماة ٨ — ٥٠ — ٢٧ ، مصر الابتدائية الاهلية ١٨ أكتوبر ١٩٢٦ المحاماة ٧ — ٢٢٠ — ١٥٨ .

(١٧) نقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٣٦١ — ٢٩١ المجموعة ٤١ — ٢٦٨ — ١٠٣ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٠ — ٣٧ — ١٢ .
(١٨) نقض ١٧ أبريل ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٧٣ — ٣٩ ، المجموعة ٤٢ — ٥١٣ — ٢٦٢ ، ملحق القانون والاقتصاد ١٩٤١ — ٣ — ٣٢ ، نقض ٣ نوفمبر ١٩٣٨ ملحق القانون والاقتصاد ٩ — ٣٥ — ٦ المحاماة ١٩ — ٦٦٨ — ٢٧٤ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٤٢١ — ١٤٠ ، مصر الابتدائية الاهلية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المحاماة ٧ — ٥٨٤ — ٢٨٩ ، ٨ يونيو ١٩٢٧ المحاماة ٨ — ٥٩ — ٣٣ .

المستشفى اذ لا سلطة للإدارة على الطبيب في أداء عمله الفني (١٩) .
ومن جهة أخرى تساهلت المحاكم في اعتبار شرط الاختيار متوافرا
اكتفاء منها بالتشدد في شرط التبعية (٢٠) ، ثم وصلت الى حد التعويل
على شرط التبعية وحده دون اهتمام بشرط الاختيار ، فقررت أن
مسئولية المتبوع انما تقوم على ما للسيد من حق اصدار أوامر وتعليمات
الى تابعه والتمكن من ملاحظته في تنفيذ ما عهد اليه به (٢١) ، بل شددت
بعض الأحكام في ضرورة خضوع التابع لهذه الأوامر والتعليمات خضوعا
تأبعا لا يترك له أى استقلال في طريقة تنفيذ المأمورية التى عهد بها
اليه (٢٢) .

(١٩) مصر الاحلية ٤ فبراير ١٩٣٥ المحابة ١٦ — ١٨٩ — ٨٤ .
(٢٠) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ —
٢٦ ، ٢٥ مايو ١٩٤٢ المحابة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ ، استئناف مخطط ٢٨
فبراير ١٩٣٥ (٤٧) — (١٧٥) ، الواسطى الجزئية ٢٨ فبراير ١٩٣٨ المحابة
١٨ — ١٠٩٦ — ٤٧٦ .

(٢١) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ المحابة ٢٣ — ٢٨٧ — ١٦٩ ، وانظر
ايضا اللبان الجزئية ١٢ مايو ١٩٤٠ المجموعة ٤٢ — ١٩٥ — ١١٩ ، المنيا
الجزئية ٢٦ مايو ١٩٤٢ المحابة ٢٢ — ٥٤٤ — ١٨٩ ، استئناف ٢٩ أكتوبر
١٩٤٥ المحابة ٢٦ — ٦٥٣ — ٢٤٥ ، وايضا في هذا المعنى نقض مدنى ٩
مايو ١٩٦٣ . وقد قرر ان علاقة التبعية تتوافر بتوافر عنصر الرقابة .
(٢٢) استئناف مخطط ٤ فبراير ١٩٣٧ (٤٩) — ٩٥ .

وقررت محكمة النقض في ١٨/١٠/١٩٤٩ انه اذا كانت المحكمة قد ثبت
لديها للسبب التى ذكرتها والتي من شأنها ان تؤدى الى ما رتبته عليها من
ان الطامن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة
الامر والنهى ولو لم يكن هو مالك السيارة ، فان الحكم بالزام الطامن
بالتعويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحا (المحابة ٣٠ —
٤٣٢ — ٢٢٧) .

ويضاف ايضا في هذا المعنى نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٣ المحابة ٤٠
من ٧٢٦ ونقض مدنى ٢٠ يونيو ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ — ٨٨٨ —
١٢٦ ، نقض فرنسى ٢٧ فبراير ١٩٦٨ جوريسكلاسير الدورى ١٩٦٩ ،
المهرس القانونى Table juridique من ٤٦ .

نقض مدنى فرنسى ٤ نوفمبر ١٩٦٤ المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة
١٩٦٥ من ٦٥٣ نبذة ٧ .

ونقض مدنى ٤/١٠/١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ — ٩٧٤ —
١٣٦ . وقد اوضحت محكمة النقض في حكم آخر لها ان علاقة التبعية تقوم =

وتمشيا مع هذا الاتجاه الأخير ، وجدت محكمة النقض في القضية موضوع هذا التعليق أن المحكمة الاستئنافية اذ بنت مسئولية ناظر المدرسة على مجرد اختياره للسائق وتكليفه احضار السيارة لم تدعم حكمها تدعيما كافيا ، اذ كان يجب أن تبين أن الناظر كانت له سلطة التوجيه والرقابة على ذلك السائق ، وكان هذا القصور يكفي لقبول الطعن ، لولا ما تبينته محكمة النقض من أن الوقائع الثابتة بالحكم تدل على أن الطاعن كانت له على المتهم سلطة في توجيهه ورعايته فيما يختص بالأمورية التي كلفه بها بل في اقصائه عنها ، فاكثفت بذلك ورغضت الطعن .

ونحن يهمننا أن نسجل لمحكمة النقض تقريرها عديم الاكتفاء في مسئولية السيد بمجرد اختياره لتابعه ، وابرازها أهمية سلطة التوجيه والرقابة ، وتقليلها من شأن الاختيار ، ومحاولة ادماجها في تلك السلطة .

ولكننا كنا نود لو أن المحكمة لم تكف في اثبات سلطة التوجيه والرقابة بمجرد الإشارة إلى الوقائع الثابتة بالحكم المطعون فيه ، وبينت لنا أى هذه الوقائع هي التي دلتها بوضوح على ثبوت تلك السلطة لناظر المدرسة على السائق الذي لا نعلم عنه الا أنه اختاره وكلفه احضار السيارة ، كما يكلف أى شخص عاملا جوالا بأداء مأمورية بسيطة له

= أيضا بين شخصين يملك أحدهما سلطة توجيه الآخر ورقابته في أداء عمل معين ولو لم يملك إختياره أو تعيينه ولو لم تكن عليه السلطة الإدارية التي تخوله موجازاته أو مكلفاته بما في ذلك سلطة الترقية والتاديب (نقض مدني ٢٦ أبريل ١٩٦٢ في الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٦ ق الحماية ٤٢ من ٥٥٩) .
وتطبيقا لذلك قضت بأن الناظر ومدرسي المدارس الحرة الخافضة لرقابة وزارة التربية والتعليم وتفتيشها يمتثلون تابعين لهذه الوزارة وهي مطبوعة لهم بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدني (نقض مدني ٩ مايو ١٩٦٣ مجبوعة أحكام النقض ١٤ — ٦٦٣ — ٩٤) وانظر أحكام أخرى كثيرة ، السنهوري الوسيط ج ١ ، ط ٢ ، سنة ١٩٨١ نبذة ٦٧٩ من ١٤٢٦ وما بعدها . وانظر أيضا للمؤلف المسئولية المدنية في تقنينيات البلاد العربية ج ٢ سنة ١٩٦٠ من ٤٥ وما بعدها .

مما يدخل في صناعة ذلك العامل .• إذ أنه من المسلم به في هذه الحالة الأخيرة أن رب العمل لا يسأل عما يقع من الصانع أو المقاول من اضرار بالغير .•

ولعل المحكمة تأثرت في ذلك بكون المتهم ليس شخصا مستقلا ، بل تابعا في الأصل لأسعد كيرلس ، وبأنه وهو في هذه الحالة من التبعية ارتكب الحادث الضار الذي وقع منه في أثناء قيامه بالمأمورية التي كلفه بها جرجنس عوض . الله لصاحبه الخاص ، فرأت مسالة هذا الأخير عن الحادث باعتباره سيذا عرضيا حتى لا تقع مسؤوليته على أسعد كيرلس المتبوع الأصلي . فهل يغير هذا حقيقة من وجه المسألة ؟

مسئولية السيد العرضي (*) : أجمعت الشراح والمحاكم على أن الشخص الذي يستخدم تابعا لغيره في عمل له يسأل عما يقع من هذا التابع في أثناء خدمته له اذا كانت له عليه سلطة التوجيه والرقابة ، وبعبارة أخرى اذا أمكن اعتباره سيذا عرضيا *commettant d'occasion* لهذا التابع (٢٣) ، كما أجمعت على أن العامل لا يعتبر تابعا لسيدين في وقت واحد الا اذا كان يقوم بعمل لمصلحتهما المشتركة (٢٤) . أما في غير ذلك من الأحوال فاما أن يكون تابعا لسيدة الأصلى اذا احتفظ هذا عليه بسلطة التوجيه والرقابة ، واما أن يعتبر تابعا لسيدة العرضى اذا انتقلت الى هذا الأخير تلك السلطة .

فمسالة الشخص باعتباره سيذا عرضيا لا تخرج عن القواعد المتعلقة بمسئولية السيد عموما ، ولا تغنى عن البحث في تواجر سلطة

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد ص ١٥ عدد نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٤٥ ص ٥٥٣ وما بعدها .

(٢٣) مازو نبذة ٩٠٠ ، ديوج ج ٥ نبذة ٩٠٨ ، بلانيول وريير واسمان ج ٦ نبذة ٦٤٩ ، جاريننا وريتشى ص ٤١ نبذة ١٠٩ ، دالان ص ١١٥ ، لالو الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٢ ، سلفاتيني في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ١٧ .
(٢٤) ديوج ج ٥ نبذة ٩٠٨ و ٩٠٩ ، سلفاتيني ج ١ نبذة ٣١٣ .

التوجيه والرقابة • ولكن الواقع أن الجزم بانتقال هذه السلطة من السيد الأصلي الى من يراد اعتباره سيدا عرضيا ليس أمرا يسيرا ، وقد تضاربت بشأنه أحكام المحاكم في الحالات المتشابهة (٢٥) •

ونكتفى بضرب أمثلة على ذلك من الأحكام الصادرة بشأن سائقى العربات والسيارات • غقد حكم بأنه اذا أعار شخص الى آخر سائق عربته وخيله فان المعار اليه يعتبر سيدا عرضيا للسائق (٢٦) ، وبأنه اذا وضعت شركة سيارات سائقا تحت تصرف صاحب جراج ليقوم بعمل معين ، فان صاحب الجراج يعتبر سيدا عرضيا لذلك السائق (٢٧) •

وبالعكس من ذلك حكم بأن مالك السيارة الذى يستأجر سائقا من صاحب جراج لا يعتبر سيدا ولو عرضيا لهذا السائق (٢٨) • ولا يغير من ذلك أن يكون مالك السيارة ظل ممسكا بمجلة قيادة السيارة فى الوقت الذى اضطلع فيه السائق بقيادة جرارة ربطت بها السيارة (٢٩) ، وأن مالك العربة اذا أجراها مع سائقها الى شخص آخر يمكن اعتباره أنه مازال هو سيد ذلك السائق (٣٠) • وأن صاحب الجراج

(٢٥) انظر الاحكام العديدة التى اثار اليها ديموج ج ٥ نبذة ٩٠٨ فى هابش ص ١٠٣ •

(٢٦) نقض فرنسى ٢٦ يناير ١٩٠١ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ١٥٧ ، نقض فرنسى (مضى) ١٥ يونيه ١٩٢٦ دالوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ٤٠٤ • وانظر نقض مصرى جنائى ٨ يناير ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الجنائية ٢ — ١٨٥ — ١٤٧ •

(٢٧) بروكسيل التجارية ٧ ديسمبر ١٩٣٣ مجلة التأمين والمسئولية ١٩٣٣ نبذة ١٣٧٥ •

(٢٨) استئناف دوبيه ٢٧ فبراير ١٩٣٠ غازيت القضاء ١٠ مايو ١٩٣٠ ، نقض فرنسى (مضى) ٣٠ ديسمبر ١٩٣١ سبرى ١٩٣٢ — ١ — ٦٢ ، (جنائى) ٢١ نوفمبر ١٩٣٤ دالوز الاسبوعى ١٩٣٥ — ٨٦ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ١ — ٨٢ •

(٢٩) استئناف رين Rennes ٧ نوفمبر ١٩٣٣ Bull-Ass. ١٩٣٤ — ٥٢٧ ، روتسائرت ص ٢٨٤ •

(٣٠) نقض بلجيكى ١٥ ديسمبر ١٩٢٤ بازيكريزى ١٩٢٥ — ١ — ٧٥ •

يظل مسئولا عما يقع من عماله عند تجربتهم السيارات التي أصلحوها بالرغم من اعلانه عملاء بأنه يخلي نفسه من كل مسئولية فيما يتصلق بتكليف عماله تجربة السيارات خارج الجراج (٣١) . وقد حدث رغبة التوفيق بين هذه الأحكام بعض الشراح الى التعويل على الصفة الفنية لعمل السائق ، فقالوا ان هذا يعتبر خاضعا لسلطة سيده الأصلي فيما يتعلق بالقسم الفني من عمله وتابعا لسيده العرضي فيما عدا ذلك (٣٢) . ويؤخذ على هذا الرأي صعوبة وضع حد فاصل لما يعتبر خطأ فنيا وما لا يعتبر كذلك ، فضلا عن أنه يجعل التابع خاضعا لسيدين في وقت واحد وبالنسبة الى العمل الواحد دون أن يكون هذا العمل في مصلحتهما المشتركة (٣٣) .

وقد حاول بعض الشراح أن يستنبطوا قاعدة يعول عليها في تقرير انتقال سلطة التوجيه من السيد الأصلي الى سيد عرضي . ولكنهم اضطروا الى التسليم بأن هذه المسألة تعتبر من الوقائع المتروكة لتقديرها الى محكمة الموضوع (٣٤) واكتفوا باستنباط بعض الضوابط التي تعول عليها المحاكم في هذا التقدير .

فقال بعضهم بالرجوع الى الاتفاق الذي وضع السيد الأصلي بمقتضاه تabinه تحت تصرف الشخص الآخر لتبين نية الطرفين في نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثاني (٣٥) . أما حيث لا يمكن استخلاص هذه النية من اتفاق الطرفين ، فيقول الأستاذ ساغاتيه ان المحاكم

- (٢١) Liège ٢٠ سبتمبر ١٩٢٢ Bull.Ass. ١٩٢٢ — ٩٠١ .
 (٢٢) أنظر بلاتويل في دالوز ١٨٩٢ — ٢ — ٤٦٥ ، ولالو في الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٥ ، ولمازو نبذة ٩٠١ ونقض فرنسي جنائي ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ وغازيت القضاء ١٩٢٥ — ١ — ٢٥٣ .
 (٢٣) أنظر بيرسون ودي فيليه ج ١ ص ٢٨٣ .
 (٢٤) بيرسون ودي فيليه ج ١ ص ٢٨٨ ، لمازو نبذة ٩٠١ .
 (٣٥) ساناتيه ج ١ نبذة ٣١٦ وتعليق في دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٢١ ، روتسارث ص ١٣١ .

عولت على أربعة ظروف من الوقائع جعلت كل واحد منها كالميا لا اعتبار السيد الأصلي محتفظا بسلطة التوجيه على تابعه بالرغم من وضعه تحت تصرف شخص آخر . وهذه الظروف هي : (١) أن تكون اعارة التابع مصحوبة باعارة أشياء مهمة ، كما اذا أعار شخص الى آخر سائقه وعربته مما ، (٢) أن تكون مأمورية التابع مأمورية غنية ليس للغير المأم بدقاتها ، كما اذا أجر صاحب جراح سائقا الى مالك سيارة ، (٣) أن يتقاضى السيد الأصلي اجرا مرتفعا عن وضع تابعه تحت تصرف الشخص الآخر ، فيعتبر ارتفاع الأجر قرينة على اضطلاع السيد الأصلي بواجب الرقابة والتوجيه ، (٤) أن تكون مدة وضع التابع تحت تصرف الغير مدة وجيزة اذ لو طالقت هذه المدة أمكن اعتبار ذلك قرينة على أن السيد الأصلي تخلى عن سلطته على تابعه ، وأن الغير أصبح سيدا عرضيا لهذا التابع (٣٦) .

فاذا نظرنا في القضية موضوع هذا التعليق على ضوء هذه الضوابط ، وجدنا أنه لم يثبت أن أسعد كيرلس وضع سائقه تحت تصرف ناظر المدرسة ، فليس ثمة أى اتفاق بين السيد الأصلي والسيد العرضي حتى يمكن أن نستخلص منه نية الطرفين في نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثانى ، بل الثابت أن السائق هو الذى وضع نفسه — بناء على طلب ناظر المدرسة — تحت تصرف هذا الأخير ، وذلك في أثناء قيامه بعمله عند سيده الأصلي بدليل تركه سيارة هذا السيد أمام منزله . أنه يمكن أن يقال أن الناظر قد استولى من تلقاء نفسه على سلطة توجيه السائق بمجرد اختياره اياه وتكليفه احضار السيارة فأصبح بذلك سيدا عرضيا له . لا نظن ذلك ممكنا (أولا) لأن هذا القول يجعل للسائق سيدين في وقت واحد دون أن يكون العمل الذى كان يقوم به وقت الحادث في مصلحة كليهما المشتركة ، و (ثانيا) لأنه لا يكفى أن يكلف المرء شخصا بعمل معين (أى بتحقيق غاية معينة) حتى يعتبر سيدا له

(٣٦) مبادئه في تعليقه المشار اليه آنفا .

مستولاً عنه إذا لم يكن يملك سلطة توجيهه في طريقة تنفيذ ذلك العمل أو تحقيق تلك الغاية . وليس في وقائع القضية ما يدل على شيء سوى أن ناظر المدرسة كلف السائق المتهم بإحضار السيارة وأنه لم يكن يملك إعطاء أية تعليمات في طريقة تنفيذ ذلك ، و (ثالثاً) لأن مدة المأمورية التي قام السائق بها لحساب الناظر مدة وجيزة لا تسمح بالقول بأن سلطة سيده الأصلية في أثنائها قد زالت عنه وانتقلت إلى الناظر ، هذا فضلاً عن الطبيعة الفنية لهذه المأمورية مما يستبعد معه أن ناظر مدرسة يصبح — بمجرد استخدامه سائقاً في إحضار سيارة من مكان قريب — سيداً عرضياً لذلك السائق .

لذلك قلنا اننا كنا نود لو أن محكمة النقض بينت لنا أى الوقائع — التي أشارت إليها — هي التي دللتها بوضوح على توافر سلطة الرقابة والتوجيه لناظر المدرسة على السائق الذي كلفه بإحضار السيارة (٣٧) .

هدى مسئولية السيد : ردت المحكمة على تمسك الطاعن بأن تعريض السائق بالسيارة إلى حيث أراد شحن البطارية لم يكن داخلاً في المأمورية التي كلفه بها الطاعن بل فعله من تلقاء نفسه فلا يكون الطاعن مسئولاً عنه بقولها : ان المتبوع يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الناشئ عن كل فعل ضار يقع من تابعه كلما كان وقوعه وقت القيام بالعمل الذي عهد إليه به ، أو بمناسبته فقط متى كان هذا العمل هو الذي سهل وقوع الفعل الضار . أو خياً الفرصة لوقوعه بأية طريقة كانت ، إذ أن نص القانون عن هذه المسئولية في المادة ١٥٢ مدنى مطلق عام يسرى على الحالتين .

وقضاء المحكمة بذلك فيما يتعلق بما يقع من التابع بمناسبة وظيفته فيه توسيع لمسئولية السيد ، وهو يطابق ما قررت المحكمة في عدة أحكام سبق لنا تحليلها ونقدتها في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١٥٥

وما بعدها وعلى الأخص ص ١٦٩ - ١٧٦ ، حيث بينا أنه كثيرا ما يقع أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع وسيلة ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا تترتب على عمله مسؤولية السيد إذا كان في وسع التابع أن يخلص على الوسيلة التي سهلت له ارتكاب ذلك الفعل من غير طريق الوظيفة (٣٨) .

على أن وقائع هذه القضية يستفاد منها أن تبريج السائق للبطارية يعتبر عملا متما لماوريته الأصلية ، أو على الأكثر يعتبر تزييدا من السائق قام به لمصلحة سيده العرضي - إذا سلمنا له بهذه الصفة - ومن شأن التزييد في أداء عمل من أعمال الوظيفة أن يمد حدود الوظيفة إلى أبعد من دائرتها الطبيعية وأن يجعل السيد مسئولا عما يرتكبه التابع أثناءه (أنظر تعليقاتنا المشار إليه آنفا ص ١٧٨ و ص ١٧٩) .

مسؤولية السيد عن تجاوز تابعه حدود وظيفته (*) - كلف شخص خادمه أن يستدعى عاملا لإصلاح سيارته المودعة في جراج عمومي ، وترك مفتاح السيارة فيها لهذا الغرض ، وسلمه بطاقة يشتري بها بنزينا من محل معين ، فأحضر الخادم عاملا ميكانيكيا ، واتضح للمسؤول

(٣٨) يراجع في ذلك مؤلفنا في المسؤولية ادنية في تقنيات البلاد العربية ج ٢ سنة ١٩٦٠ نبذة ١٣٣ ص ٦٢ وما بعدها . وايضا السنهوري الوسيط ج ١ ط ٣ نبذة ٦٨٠ وما بعدها ص ١٤٣٥ وما بعدها .

(٣٨) لم يبق لنا الا احتمال أن تكون المحكمة قد تأثرت فيما قضت به بظرف وقوع الحادث أثناء قيام السائق بعمل ضلحة ناظر المدرسة ، تمشيا في ذلك مع نظرية تحمل التبعة التي تجعل مسؤولية السيد غرما عليه يقابل الغنم الذي يعود عليه من نشاط التابع وتكتفى في ذلك بالتبعية الاقتصادية .

ولكن ابدىء التي قررتها المحكمة في حكمها ، وعدم اكتراثها بشرط الاختيار الذي بنت عليه المحكمة الاستثنائية حكمها ، وإبراز أهمية شرط التوجيه والرقابة الى حد ادماج شرط الاختيار فيه ، كل ذلك ينفي أن تكون المحكمة قد قصدت الاكتفاء بفكرة التبعية الاقتصادية ، وأن كان لا ينفي إمكان تأثر احكام في شعورها بالعدالة بهذه الفكرة وبذلك الظرف ، وخصوصا أن محكمة النقض في اثباتها توازن سلطة التوجيه والرقابة هذه قد أحلت نفسها محل محكمة الموضوع في تقديرها .

(*) منشور في مجلة القانون والاقتصاد ص ٧ عدد نوفمبر سنة ١٩٦٧ ص ١٤٤٠ .

أن ليس في السيارة عيب وأن الذي ينقصها البنزين ، فاشترى الخادم بنزيناً وخرج بالسيارة يبحث عن سيده . وفي أثناء الطريق تسبب بخطئه في إصابة شخص ، فحكم عليه جنائياً وعلى سيده معه بالتعويض ، وقالت محكمة الجنايات في ذلك « أن ارتكاب التابع للجريمة متجاوزاً حدود وظيفته أو بمناسبة تلك الوظيفة فقط ولو كان في غير أثناء تأديتها بالذات يجعل المخدم مسئولاً مدنياً » . ومحكمة النقض قررت « أن هذا الذي أثبتته الحكم فيما يتعلق بمسئولية الطاعن (السيد) عن خطأ تابعه ولو تجاوز التابع حدود وظيفته صحيح قانوناً لأن وظيفة هذا التابع هي التي هيأت له اتیان ما أتى من الخطأ » (نقض جنائي ٢٢ مارس ١٩٣٧ المحللة ١٧ - ٩٩٥ - ٥١٣) .

ويلاحظ أن القانون لم ينص في المادة ١٥٢/٢١٤ مدني الا على الأعمال التي تقع من الخدم في حال تأدية وظائفهم *en exerçant leurs fonctions* ، وهذا النص لا يختلف كثيراً في معناه عن نص القانون الفرنسي في المادة ١٣٨٤ حيث ورد فيها : *les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage cause par leurs domestiques et pré posés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.*

ويعتبر فعل التابع أنه داخل في ضمن أعمال وظيفته كلما كانت وظيفته تشمل عادة القيام بمثل هذا الفعل . ومن المسلم به أن يضاف الى ذلك كل تجاوز لحدود الوظيفة ، وهو كل خطأ في طريقة تنفيذ العمل الداخل في الوظيفة (راجع بهجت بدوي في مسئولية السيد من ١٦٩ و من ١٧٠ ، سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية من ٤٠٢ وما بعدها ، وباللغة الفرنسية من ٤٢٣ وما بعدها) .

غير أن المحاكم الفرنسية لم تقتصر على ذلك ، بل قررت أولاً مسئولية السيد عن أعمال تابعه التي يرتكبها بمناسبة قيامه بوظيفته ، ثم ذهبت الى حد تقرير هذه المسئولية عن الأعمال التي يرتكبها التابع

في أثناء قيامه بوظيفته وفي المكان المعين لذلك ولو لم يكن بين تلك الأعمال ووظيفة التابع أية علاقة سببية ، (أنظر المرجعين السابقين) •

وقد انتقد الدكتور بهجت بدوى خطة المحاكم الفرنسية في هذا التوسع ، ورأى أنه يجب التعويل في ذلك على التفسير الدقيق لمباراة المادة ١٣٨٤ غقرة ثالثة ، فيشترط أن يكون خطأ التابع داخلا بطبيعته في ضمن أعمال وظيفته وأن يكون قد ارتكبه بصفته تابعا أو خادما ، أى ألا يكون ارتكابه لذلك الخطأ خارجا عن العمل المكلف به • فإذا كان في ذلك الخطأ تجاوز لحدود الوظيفة لم يكن ذلك بمانع قيام مسؤولية السيد ، أما كون الخطأ وقع بمناسبة القيام بالوظيفة ، أو في أثناء القيام بها وفي المكان المعين لذلك فلا أهمية له (بهجت بدوى ص ١٦٦) •

وقد اتبعت هذا الرأي محكمة النقض المصرية في حكمين صادرين بتاريخ ١٠ أبريل ١٩٣٣ غقررت أن مسؤولية السيد عن عمل التابع لا محل لها إلا إذا كان الخطأ المستوجب للتعويض قد وقع من التابع حال تأدية وظيفته *en exerçant ses fonctions* كما تقضى المادة ١٥٢ من القانون المدنى (الحاماة ١٤ - ١ ص ٤ و ٥ رقم ٣ و ٤) •

فإزاء ذلك ، على أى وجه يمكن أن تحمل عبارة محكمة الجنايات في الحكم موضوع هذا التعليق التى عولت على ارتكاب التابع للجريمة متجاوزا حدود وظيفته أو « بمناسبة تلك الوظيفة فقط ولو كان في غير أثناء تأديتها بالذات » ، وعبارة محكمة النقض التى عللت مسؤولية السيد « بأن وظيفة التابع هى التى هيأت له اتیان ما أتى من الخطأ » ؟ اننا نميل الى الاعتقاد أن كلتا المحكمتين لم تقصدا التوسع فيما تشمله أعمال التابع التى تستوجب مسؤولية سيده ، وأن ورود هاتين العبارتين بعد الكلام عن تجاوز حدود الوظيفة لم يقصد به سوى تفسير معنى ذلك التجاوز ، ولكنه في نظرنا تفسير غير موفق ، ولا سيما انه لم تكن ثمة حاجة اليه ، لأن الخطأ الذى وقع من التابع في ظروف هذه القضية يعتبر تجاوزا لحدود الوظيفة ، ولا يكفى أن يقال فيه فقط انه وقع بمناسبة تلك

الوظيفة ، فكثيرا ما حكمت المحاكم الفرنسية بأن الخادم المنزلى - المنوط به خدمة سيده بوجه عام - يعتبر فى جميع أعماله التى يقوم بها لحساب سيده قائما بوظيفته (نقض فرنسى ٣٠ أغسطس ١٨٦٠ سبرى ١٨٦٠ - ١ - ١٠١٣ ، ٢٥ يونيه ١٨٦١ سبرى ١٩٦٢ - ١ - ١٥١ ، وراجع فى ذلك ديموخ ج ٥ ص ١١٥ ، سورد ج ٢ ص ١٤٤ ، بهجت بدوى ص ١٥٢ ، سليمان مرقس ص ٤٠٣ وباللغة الفرنسية ص ٤٢٤) .

مسئولية السيد عن تابعى تابعه ، وأساس هذه المسئولية (*) :
مسئولية السيد عن أعمال تابعه مسئولية استثنائية مقررة بحكم القانون ، فمن غير الجائز التوسع فيها لجعل السيد مسئولاً عن أعمال الأشخاص الذين يعينهم تابعه sous - préposes الا اذا كان السيد قد أمر تابعه بتعيينهم أو أقره على ذلك التعيين (سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٤٠١ وباللغة الفرنسية ص ٤٢١ بهجت بدوى فى مسئولية السيد باللغة الفرنسية ص ٦٩ ، مازو فى المسئولية المدنية نبذة ٨٨٠) .

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ بأن الجمعية التى أنشأت مستوصفا مسئولا عن أعمال مديره الطبيب وعن أعمال التمورجى الذى عينه ذلك المدير والذى تسبب فى حصول تسمم لأحد المرضى بتقصيره فى تعقيم الابرة قبل حقنه بها ، وقررت فى حكمها أن السيد سواء أكان فردا أم جماعة مسئول عن عماله الأصغر من الثانويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن تعيينهم بمعرفة مديرهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات ، وقد عنيت المحكمة ببيان أن حقن المرضى متصل اتصالا وثيقا بوظيفة التمورجى وأن تعيين التمورجى داخل فى اختصاص مدير المستوصف ،

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة ، فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٦ .

وقضت بناء على ذلك بمسئولية المستوصف عن خطأ التمورجى (استئناف مصر ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ المحاماة ١٧ - ٤٣٣ - ٢٠٣) .

وقد أصاب هذا الحكم فيما ذهب اليه من جعل المستوصف مسئولا عن افعال التابع الذى عينه له تابعه الأول ، غير أنه يلاحظ عليه أنه لم يكتف فى تبرير هذه المسئولية بحق التعيين والرقابة الذى للجمعية صاحبة المستوصف على تابعيها بل استند فى ذلك أيضا الى « أن الجمعية تصيب من اجراء تلك الحقن فى مستوصفها غائدة مادية اذ أن المستوصف يقتضى عنها أجرا قدره قرشان لكل حقنة ٥٠٠ غلاما من اشتراك الرئيس الأول صاحب المستوصف فى تحمل مسئوليته لأنه هو المستفيد من دخل المستوصف ومن ضمنه أجر تلك الحقن » .

ويتضح من هذه الحيثية أن المحكمة أخذت فيها بنظرية الغرم بالغنم أو تحمل التبعة *téorie du risque* ، كما أخذت بها بعض أحكام المخاكم المختلطة [٧ مايو ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤١٥) الغازيت ٧ - ٨ - ٦ ، ١٦ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٤١)] ، مع أن هذه النظرية تجعل السيد مسئولا شخصيا وشريكا لتابعه فى تحمل المسئولية ، فتنعارض بذلك مع النتائج المسلم بها كجواز رجوع السيد على تابعه ، ولا تتفق مع ما بدا أخيرا من نية محكمة النقض فى جعل أساس هذه المسئولية كفالة مفروضة على السيد بحكم القانون ، بالتضامن مع تابعه ، بحيث لا يلتزم هو شخصيا بمبلغ التعويض بل يؤديه عن تابعه على أن يرجع عليه .

ح - مسئولية القاصر عموما ومسئولية السيد القاصر بنوع خاص (*) :

نصت المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى على مسئولية كل من تسبب فى ضرر لغيره ولم تشترط رشد الفاعل أو تمييزه ولا هى نصت على اعفائه

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ، ص ٣٤٤ .

ان كان قاصرا أو غير مميز ، فاختلف الشراح والمحاكم في ذلك ، فقال فريق بمسئولية القاصر وغير المميز ، وعارضهم في ذلك فريق آخر (راجع مازو نبذة ٤٥٥ وما بعدها) ، وقد تأثر المشرع المصرى المختلط برأى الفريق الأخير ونص في المادة ٢١٢ مدنى على عدم مسئولية كل فاعل غير مدرك لأفعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أم لسبب آخر ، أما المشرع الأهلى فقد تجنب الأخذ بنص المادة ٢١٢ مختلط ونقل في المادة ١٥١ مدنى أهلى نص المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى بحرغه ، فجاز الخلاف في مصر كما في فرنسا ، ونحن نرى أن الحل يصح أن يختلف في هذه المسألة حسب تغير الظروف دون مساس بمبدأ المسئولية ، فيعتبر القاصر أو غير المميز مسئولا كلما وقع منه خطأ ، لأن قصره أو عدم تمييزه لا ينفى مبدئيا إمكان وقوع الخطأ منه ، إذ أن الخطأ يقدر عادة بمعيار موضوعى لا شخصى ، فيقاس تصرف القاصر بمسلك شخص في مثل سنة بصرف النظر عن تفاوت قوة الإدراك بينهما ، وعندى أنه لا يجوز مطلقا صرف النظر عن سن القاصر وقياس تصرفه بمعيار الرجل اليقظ المتنبه كما يرى الأستاذان هنرى وليون مازو في كتاب المسئولية المدنية نبذة ٤٦٠ وما بعدها (أنظر في ذلك ما تقدم في ص ٣٣) .

ومتى سلمنا بمسئولية القاصر عن فعله الشخصى ، لزمته من باب أولى مسئولية السيد عن فعل تابعه لأنها مفروضة بحكم القانون ولا يحتاج فيها الى اثبات خطأ السيد أو نفيه ، وقد حكمت محكمة النقض أخيرا بأن القاصر يسأل في ماله عن خطأ خادمه عملا بالمادة ١٥٢ مدنى ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى ١٢ نونمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ - ٣ - ٢٦) ، وحكمها بذلك عين الصواب حتى مع عدم التسليم بمبدأ مسئولية القاصر عن فعله الشخصى ، ذلك أنه يكفى لتطبيق المادة ١٥٢ مدنى أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ومتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته أو أن

الخادم قد خالف أوامر سيده ، لأن هذه المسئولية ان هي الا مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (راجع حيثيات الحكم في المرجع السابق ص ٢٧) ، وقد غرضها القانون على كل نسيب بلا استثناء ، فحق التعويض لكل من أصيب بضرر بخلاً خادماً أو تابع ، ولا يجوز للسيد أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بسبب قصره وعدم قدرته على مباشرة حقه في رقابة تابعه ، لأنه من المقرر أن القصر لا تندفع به المسئولية متى افترضها القانون ، فالصغير يسأل عن فعل حيوانه عملاً بالمادة ١٥٤ / ١٣٨٥ / ٢١٥ مدنى (أنظر مازو نبذة ١١٣٦ وديموج ج ٥ نبذة ١٠٢٠) ، وكذلك يسأل عن فعل تابعه ، ولأنه ان كان غير قادر على مباشرة حقه في رقابة تابعه بنفسه ، فإن وصيه ينوب عنه في ذلك كما ينوب عنه في مباشرة سائر حقوقه ، ولا يجوز للصغير أن يحتج بذلك كى يلتقى المسئولية على وصيه ، لأن الوصى لا يعمل في ذلك لحساب نفسه بل لحساب الصغير ، ولأن تصرفاته بهذه الصفة تنتج آثارها في ذمة القاصر لا في ذمته هو ، ولا يتصور أن تؤدي الوصاية — وهى في الأغلب من غير مقابل — الى أن يضمن الوصى في ماله أخطاء خدماً القاصر ، ولو قيل بغير ذلك لأجفل الناس من قبول الوصاية هرباً من مثل هذه المخارم التى لا تندفع (راجع مذكرة وكيل النيابة الأستاذ محمد عبد الله محمد في المرجع السابق هامش ص ٣٠) .

ط — التضامن في المسئولية بين السيد وتابعه وجواز توجيه دعوى الضمان الفرعية من أولهما الى الثانى (❖) : قرر الشارع مسئولية السيد عن خطأ تابعه لضمان حصول المصاب على تعويض ما لحقه من ضرر (المادة ١٥٢ / ٢١٤ مدنى) ، وذلك لأن التابع يكون عادة معسراً ، أما السيد فمفروض فيه أنه على ، ولأن الحكم بالتعويض على التابع

وحده قليل الجدوى ، وهو لا يحقق الغرض منه الا اذا ألزم السيد بالتعويض بالتضامن مع تابعه (المادة ١٥٠/٢١١) . وحكم المدينين المتضامنين في دين واحد أنه يجوز الزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن ، على أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته ، ويثبت له هذا الحق قانونا من وقت قيامه بالوفاء فعلا ، لا بمجرد تعهده أو الزامه بالتضامن ، إذ أن المرء لا يرجع الا بما دفع زيادة عما هو واجب عليه ، ومادام هو لم يدفع شيئا ، فلا حق له في رجوع ، وان كان بحكم التضامن معرضا للتنفيذ عليه بكامل الدين ، لأن هذا الخطر الأخير احتمالى ، ولا يتحقق الا اذا اختار الدائن مطالبة هذا المدين بالذات دون غيره ، فلماذا حكم على السيد وتابعه بالتضامن بينهما ، فان مجرد الحكم بالتضامن لا يخلو أحدهما حق الرجوع على الآخر ، مادام لم يدفع شيئا من التعويض ، فان رجع كان رجوعه على غير أساس ، وسابقا لأثرانه .

وقد طبقت ذلك محكمة الجنايات في تضيعة طلب فيها المدعى المدنى الحكم بالتعويض على وزارة الداخلية بالتضامن بينها وبين أحد رجالها اتهم بجناية ، ثم وجهت الوزارة دعوى الضمان الفرعية الى المتهم طالبة الحكم عليه بما عساه أن يحكم عليها به من تعويض ، فرفضت محكمة الجنايات هذه الدعوى الفرعية باعتبار أنها سابقة لأوانها ، وقضت بالزام الوزارة والمتهم بالتعويض متضامنين .

ولكن محكمة النقض ألغت هذا الحكم بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٣٦ (المحاماة ١٧ — ١٤٨ — ٦٩) واستندت في ذلك الى « أن حق المدين المتضامن في توجيه دعوى الضمان الفرعية الى زميله المتضامن معه مقرر في كتب الفقه ولا نزاع فيه » ، والواقع أن الذى قرره الشراح ولا نزاع فيه أنه « اذا كان شخصان أو أكثر ملزمين بدين واحد ، فلمن طلب منه أكثر من حصته في الدين أن يطلب ادخال المدينين الآخرين ليضمتوا له ما زاد على نصيبه » (أبو هيف بك في المرافعات نبذة ١٠٣٧) ، أما اذا

كان قد وجه الدعوى الى جميع المدينين ، وطلب الحكم عليهم بالتضامن ، فلا محل لتوجيه دعوى الضمان الفرعية من بعضهم الى البعض الآخر ، لأنهم جميعاً داخلون في الدعوى الأصلية ومطالبون بالتضامن ، ولأن دعوى الضمان الفرعية ليست الا وسيلة لادخال خصم في دعوى أصلية ليس هو طرفاً فيها .

وبما أن المدعى المدني في القضية التي صدر فيها حكم النقض سالف الذكر كان قد وجه دعواه الى الوزارة والمتهم بالتضامن بينهما ، فلم يكن ثمة محل لتوجيه دعوى الضمان الفرعية من أحدهما الى الآخر ، وقد أصابت محكمة الجنايات برفضها هذه الدعوى . غير أن محكمة النقض لم تكف بالاستناد الى ما أسلفناه من آراء الشراح ، بل شرحت نظريتها بقولها أن « من مصلحة المدين الذي رفعت عليه دعوى تعويض بالتضامن مع مدين آخر أن يقاضى في نفس الوقت ذلك المدين الآخر ويطلب الى المحكمة في حالة الحكم عليه بذلك الدين أن تقضى له بحق الرجوع على المدين الآخر بكافة ما يحكم به عليه هو اذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى عدم ملزوميته ، هو شخصياً ، بشئ من الدين » .

وعندى أن المحكمة قد تكون من حيث الموضوع أصابت الحل القانونى الصحيح ، الا أن عبارتها يعوزها قليل من الدقة وربما كان السبب في ذلك راجعاً الى خطأ وزارة الداخلية نفسها في تكييف مركزها القانونى وفي ابداء طلباتها ، وبيان ذلك أنه مما لا نزاع فيه أن الشركاء في المسؤولية يجوز لكل منهم — اذا رفعت الدعوى عليهم جميعاً بالتضامن — أن يطلب من المحكمة تعيين مقدار ما يجب عليه شخصياً من التعويض حتى يكون ذلك أساساً لتسوية علاقته مع شركائه (سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٤٢ وما بعدها وصفحة ٣٦٤ وباللغة الفرنسية ص ٣٤٤ و ٤٦٦ وما بعدها) ، وبالأولى يجوز لأى واحد من المدينين أن يطلب من المحكمة أن تقرر عدم ملزوميته هو شخصياً ازاء شركائه بشئ من الدين اذا كان لديه من الأسباب ما يقتضى ذلك ، وانما ليس له أن يصوغ طلبه هذا في شكل دعوى ضمان

فرعية ، فقد بينا أن لا محل لذلك في مثل هذه الحالة ، وكذلك لا يعتبر المدين الذي يتقدم بمثل هذا الطلب أنه يقاضى في نفس الوقت المدينين الآخرين ، بمعنى أنه يوجه اليهم دعوى الضمان الفرعية ، ولا أنه يطلب الى المحكمة أن تقضى له بحق الرجوع على المدينين الآخرين بكافة ما يحكم به عليه هو ، لأن حق الرجوع لا يثبت له الا بعد قيامه بالوفاء بما يزيد على نصيبه ، ولا عبرة بالحكم به لأن من صدر له هذا الحكم لا يستطيع الرجوع فعلا الا اذا كان قد دفع زيادة عن نصيبه • فتكثيف المسألة على أنها مقاضاة من وزارة الداخلية للمتهم : للحكم لها بحق الرجوع عليه بما عساه يحكم عليها به ، تكثيف غير دقيق ، وكان ينبغى أن تطلب وزارة الداخلية من المحكمة أن تقرر عدم ملزوميتها بشيء من التعويض في علاقتها بالمتهم ، فتحكم المحكمة بذلك ، ويكون حكمها أساسا لرجوع وزارة الداخلية ، اذا نفذ المدعى المدنى عليها وحدها دون المتهم •

هذا من حيث الشكل ، أما من حيث الموضوع فقد رأت محكمة النقض أن تبرر أيضا ما ذهبت اليه ، فقالت « أن مصلحة المدين في ذلك محققة لا احتمالية فخط لأن رفع الدعوى عليه بادى الأمر بصفته مدينا متضامنا مع الدين الآخر معناه التزامه شخصا في النهاية بجزء من الدين سواء اختار الدائن التنفيذ عليه هو بما حكمت به المحكمة ثم رجع هو على زميله المدين بحصته فيما حكم به ، أو كان الدائن قد اختار التنفيذ على المدين الآخر ثم رجع هذا المدين الآخر على المدين الأول بحصته فيما حكم به طبقا للمادة ١١٥ مدنى ، وهذه المصلحة المحققة من أول الأمر هي التى تبيح لذلك المدين الرجوع على زميله المدين في نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا والمطالبة بالحكم له على المدين الآخر بكل ما يحكم به عليه » •

غير أن تلك المصلحة المحققة التى أشارت اليها محكمة النقض تفترض شخصا متضامنا مع الآخرين بغير أن يلزمه هو شخصا شيء من الدين ، وقد رأت المحكمة أن تطبيق حكم المادة ١١٥ مدنى لأبد أن

يؤدى الى تحميل مثل هذا الشخص بنصيب من الدين مع أنه غير ملزم بشيء ، فيكون من مصلحته طلب الحكم له على المتضامنين معه بكل ما يحكم به عليه ، حتى لا يتحمل في النهاية شيئاً من الدين . ولكن يجب ألا يفوتنا أن ما تقرره المادة ١١٥ من حق الرجوع على المدينين الآخرين بقدر أنصباؤهم يصح أن يشمل الدين كله اذا كان من وفاء ليس ملزماً بشيء منه ، فلا خطر على المدين اذن من ارجاء حقه في الرجوع على غيره الى ما بعد قيامه بالوفاء ، ولا مصلحة له محققة في تعجيل مباشرته لهذا الحق ، والسماح له بالمطالبة به في نفس الوقت الذى رفعت فيه دعوى التعويض الأصلية على المدينين معا .

أما من حيث المبدأ في كون السيد يجوز في علاقته بتابعه ألا يلزم بشيء من التعويض اذا أبدى أسباباً تبرر ذلك فالمسألة خلافية ، ولابد في حلها من الرجوع الى تعيين أساس مسئولية السيد ، وقد تعددت الآراء في ذلك ولكن يمكن تقسيمها الى أربعة مذاهب رئيسية (١) فالماذهب الأول يرى أن أساس هذه المسئولية قرينة على تقصير السيد في واجب الرقابة وعلى سوء اختياره لخدمه أو تابعيه (١) ، (٢) والثاني يرى أن السيد يسأل باعتباره كفيلاً متضامناً ، لا باعتباره ملزماً شخصياً بالتعويض ، (٣) والثالث يعتبر خطأ السيد في اختيار تابعه ثابتاً بمجرد ارتكاب التابع للفعل المنتج للمسئولية ، (٤) والرابع يبنى هذه المسئولية على فكرة تحمل التبعة *théorie du fisque* (راجع سليمان مرقس في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ١٢٠ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ١٢١) . أما الرأي الأول فلا يستقيم مع ما هو مسلم به من عدم جواز دفع مسئولية السيد بنفى الخطأ عن نفسه ، واذا أخذنا بالرأى الثاني كان السيد غير ملزم شخصياً بالتعويض ، وجاز له أن يطلب من المحكمة أن تقرر ذلك ، حتى يستطيع الرجوع على تابعه بكل التعويض اذا نفذ به عليه هو ، ولم يجز للتابع اذا فرضنا وفاءه بالتعويض أن يرجع به أو

(١) من هذا الراى الاول سوردا ج ١ نبذة ٧٧ وما بعدها .

ببعضه على سيده • أما الرأي الثالث فيجعل السيد مخطئاً خطأ ثابتاً كما هو الحال بالنسبة لتابعه ، ويترتب على ذلك توزيع المسؤولية بينهما وفقاً لأحكام الخطأ المشترك • والرأي الرابع يجعل السيد ملزماً أصلاً بالتعويض ، ولا يبعد أن يؤدي الى تفويل التابع حق الرجوع على السيد (أنظر حكم محكمة أبو حمص الجزئية ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ — ٢٦٩ — ٢٠٥) ويرى سالفائيه أن الرأي الرابع لا يحول دون رجوع السيد على التابع باعتبار أن المسؤولية المبنية على تحمل التبعة مسؤولية ثانوية أو احتياطية وإن الأصل هو المسؤولية المبنية على الخطأ (سالفائيه ج ١ — ٣٧٤ — ٢٢٨) •

يتضح من ذلك أن ما ذهبت اليه محكمة النقض من جواز الأخذ بعدم مسؤولية السيد شخصياً بشيء من التعويض ، لا يستقيم إلا مع الرأي الثاني الذي يجعل السيد مسئولاً عن أعمال تابعه باعتباره كفيلاً متضامناً معه فقط ، لا باعتباره مسئولاً شخصياً عن التعويض ، فلهل اختارت المحكمة هذا الرأي عمداً واستقرت عليه بعد بحث وتجهيص ؟ اننا نميل الى الاعتقاد بذلك وإن كنا لا نجد في هذا الحكم ما يؤيده •

وقد تأكد عندنا أخيراً هذا الاعتقاد بصدد حكم حديث من محكمة النقض قررت فيه أنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم ، وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، ومتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسؤولية السيد بحكم القانون وبغير حاجة الى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته أو أن الخادم قد خالف أوامر سيده ، لأن هذه المسؤولية ان هي الا مسؤولية مفترضة افتراضاً قانونياً (١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦ ، وأنظر أيضاً في هذا المعنى نقض ١٩ مايو ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٢٣٧ — ٧٩ ولو أنه اعتبر مسؤولية المسية مبنية على مجرد افتراض الخطأ) ، وقد أرادت المحكمة بذلك أن تقرر أن هذه المسؤولية أساسها نص القانون وليس الخطأ ، ومما يؤكد نية المحكمة هذه ما ورد في مذكرة النيابة العمومية المقدمة في الدعوى من حضرة

الأستاذ محمد عبد الله محمد حيث جاء فيها بعد بحث مستفيض : « وإذا تأملنا ما تقدم ألفينا أننا بصدد نوع من المسؤولية لا يعصم منه رشد ولا عقل ولا يفيد في دفعه استشهاد الشخص بحيطة أو تبصره ، إذ هي مسؤولية فرضها القانون غرضاً وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد الى ذمة الخادم تأميناً للمضروور وتيسيراً له في اقتضاء التمويل الذي يستحقه » (القانون والاقتصاد ٧ - ٣ - ٣٠ في الهامش) •

يخلص اذن من ذلك أن محكمة النقض المصرية تعتبر مسؤولية السيد عن أعمال تابعه مصدرها القانون وأساسها كفالة الأول للثاني بالتضامن فيما بينهما •

مسئولية صاحب العمل عن أعمال الماؤول (٢) : لا يسأل السيد عن أعمال تابعه الا اذا توافرت بينهما علاقة التبعية ، وتنشأ هذه العلاقة بصفة عامة عن عقد ايجار الأشخاص ، غير أنه لا يندر أن توجد أيضاً بين طرفي عقد الاستصناع اذا كان العقد يخضع المتعهد للمتعهد له اخضاعاً كافياً لجعله تابعاً له ، فليست العبرة في قيام هذه العلاقة بطبيعة العقد الذي يربط الطرفين ، وانما المعول عليه حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره (راجع محمد حلمي بهجت بدوى ، في مسؤولية السيد عن أعمال تابعه ، باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٧ وما بعدها ، وسليمان مرقس ، في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٣٩٧ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٤١٥) •

وبناء على ذلك لا يعتبر تابعاً من كان له في عمله استقلال يخرجـه عن سلطة غيره ، وقد حكمت المحاكم المصرية بأن الماؤول رجل مستقل في عمله عن صاحب العمل ، وله كل الحرية الفنية في أن يتخذ وحده مايراه

(٢) منشورة في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ابريل ١٩٣٧ ، ص ٦٥٤ .

لامكان الوصول بالمقاول الى النهاية المسترطة عليه في العقد ، ومن ثم لا تكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولاً مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفني في عمله ، بل المقاول هو المسئول وحده (مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ١١٩ ، الموسكى الجزئية ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجموعة ناصر رقم ٥٤٦٢ ، استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٥٨) ، ٢٢ نوفمبر ١٩١٦ (٢٦ ص ٧٤) .

غير أن محكمة مصر الأهلية حكمت في ٢٣ مارس ١٩٣٦ (المحاماة ١٧ — ٦٥٣ — ٣١٥) بمسئولية وزارة الأشغال عن أعمال مقاول الجارى التى نشأ عنها خلل فى المنازل المجاورة لأعمال الجارى ، وقد بنت حكما على ما ثبت لديها من أن عقد المقاوله خول مدير عام مصلحة الجارى حق رقابة أعمال المقاول فى جميع تفاصيلها وحق اصدار التعليمات اليه فى كل ما يلزمه عمله ، وحرّم المقاول حق مناقشة الموظف المباشر ولو فى حالة الخطأ الفنى ، مما يجعل المقاول تابعا فعلا لمصلحة الجارى ووزارة الأشغال .

وعندى أن المحكمة أصابت الحل الصحيح غيما ذهب الىه ، وحكمها بذلك يتمشى مع ما أخذت به المحاكم الفرنسية من زمن ، حيث حكمت بأن عقد المقاوله يجعل المقاول تابعا لشركة السكك الحديدية مادام قد نص ليه على التزام المقاول باتباع جميع الأوامر والتعليمات التى يصدرها اليه كبير مهندسى الشركة أو قلم هندستها فيما يتعلق بطريقة تنفيذ المقاوله (نقض فرنسى عرائض ١٠ نوفمبر ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ — ١ — ١٣٣) .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل رقابة لصاحب العمل على المقاول تكفى لتواثر علاقة التبعية بينهما وترتيب المسئولية عليها ، اذ الغالب أن يحتفظ صاحب العمل بحق رقابة المقاول فى تنفيذ شروط المقاوله دون أن يقصد بذلك التدخل فى طريقة تنفيذ تلك الشروط ، فان مثل هذه

الرقابة العامة لا تتوافر بها علاقة التبعية . وقد عنيت محكمة مصر ببيان ذلك فميزت بين (١) حالة ما اذا سلم صاحب العمل المقاولة لمقاول مستقل بتنفيذها ، (٢) وحالة ما اذا خول صاحب العمل بمقتضى العقد لنفسه حق الاشراف البسيط على العملية لضمان حسن سير العمل على شرط أن لا يكون له تدخل فعلى وأن لا يتلقى عمال المقاول الأوامر الا منه (من المقاول) ، (٣) وحالة ما اذا أعطى صاحب العمل لنفسه حق التدخل فى تنفيذ المقاولة من الوجهة الفنية ، بحيث ان المقاول يكون ملزما بمقتضى العقد بتنفيذ أوامر صاحب العمل . فجعلت صاحب العمل مسئولاً عن أعمال المقاول فى الحالة الأخيرة ، دون الحالتين الأوليين ، وهذا أيضاً يتفق مع المبادئ الصحيحة (راجع سليمان مرقس فى نظرية دهم المسئولية المدنية ص ٣٩٨ وباللغة الفرنسية ص ٤١٦) .

ولفوق ذلك قررت المحكمة أنه متى احتفظ صاحب العمل لنفسه بحق التدخل الفعلى فى طريقة تنفيذ العمل ، كان لا مناص من مسئوليته قبل الغير الذين يصيهم ضرر من عمل المقاول ، ولو اشترط فى عقد المقاولة أن يتحمل المقاول وحده هذه المسئولية ، لأن هذا الشرط لا أثر له الا فيما بين المتعاقدين ، ولا يتناول الا علاقة كل منهما بالآخر ، فلا يمكن أن يخلى مسئولية صاحب العمل قبل المصاب ، وفى هذا أيضاً قد ولقت المحكمة كل التوفيق (٣) .

مسئولية الحكومة عن أعمال المقاول ، هل تختلف عن مسئولية الأفراد (٤) : أصدرت محكمة مصر الأهلية حكماً فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ طبقت فيه القواعد الخاصة بمسئولية السيد عن أعمال تابعه على وزارة الأشغال فى علاقتها بمقاول نشأت عن أعماله أضرار لبعض المنازل

(٣) يراجع فى ذلك مؤلفنا فى المسئولية المدنية فى تشريعات البلاد العربية القسم الأول فى أركان المسئولية ص ١٩٧١ ص ٣٠١ وما بعدها .
(٤) منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، نوفمبر ١٩٢٧ ص ١٠٢٩ .

المجاورة ، وقضت بالزام وزارة الأشغال بتعويض الضرر بناء على ما ثبت لديها من أن عقد المقاولة يخول موظفى الوزارة حق التداخل فى أعمال المقاول واصدار التعليمات اليه فى كل صغيرة وكبيرة ، مما يجعل المقاول تابعا للوزارة صاحبة العمل . وقد علقنا على هذا الحكم فى حينه من ناحية سلامة تطبيقه قواعد القانون المدنى المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ - ٦٥٤ . أنظر ما تقدم فى ص ٤٧٣) .

استؤنف هذا الحكم ، فأيدته محكمة الاستئناف فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ (المحاماة ١٧ - ١٠٦١ - ٥٤١) ، وقررت فى حيثياتها « أن هذا الحكم أصاب فى تقرير مسؤولية الوزارة ... لأن أحكام التعاقد الذى بينها وبين المقاول جعلت من المقاول خادما لها بالمعنى القانونى الوارد فى المادة ١٥٢ مدنى غمى اذن مسؤولة قانونية عن تعويض الضرر الناشئ للغير عن فعله فى أثناء تأدية وظيفته كما هو الحال هنا » . وقد اقتضت محكمة الاستئناف فى هذه الحيثية على مجرد تقرير توافر علاقة التبعية ، اكتفاء بما ورد فى حكم المحكمة الابتدائية من بيان شروط عقد المقاولة التى يمكن استنباط توافر تلك العلاقة منها ، ولو أنها لم تشر الى ذلك ، مع أن الإشارة اليه كانت واجبة ، إذ لولا ورود ذلك البيان فى الحكم الابتدائى لكان فى حكم الاستئناف قصور يتعذر معه على محكمة النقض التحقق من صحة تطبيق القانون فيما يتعلق بتوافر علاقة التبعية من عدمه .

على أن المهم فى حكم الاستئناف أنه لم يقتصر على هذا السبب الأول الكافى وحده لتبرير المسؤولية ، بل بنى أيضا مسؤولية الحكومة على أنها « حتى فى المقاولات ذات العقود المرسلة التى لا تشترط فيها لنفسها الرقابة على المقاول واصدار الأوامر اليه تبقى بصفتها حكومة مسؤولة عن المحافظة على أمن الناس فى أموالهم وأرواحهم ولا تستطيع أن تتجوز من تعويض الغير اذا هى أهملت أمر مراقبة المقاول اهمالا نشأ عنه ضرر » . وظاهر أن هذه الحيثية لا تتفق مع مبادئ القانون

المدنى التى جزت أحكام المحاكم على تطبيقها فى مسئولية الحكومة ، لأن تلك المبادئ لا تجعل الحكومة مسئولة عن غير أعمال تابعيها ، وقد تقرر باطراد أن الما قول الذى لم يقيد برقابة صاحب العمل لا يعتبر تابعا له (راجع سليمان مرقس فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩٧ وباللغة الفرنسية ص ٤١٥ وتعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ - ١٧٢ : أنظر ما تقدم فى ص ٤٧٣) .

وليس معنى هذا أن ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف فى هذه الحثية خطأ فى ذاته ، ولكنه يدل على اتجاه المحكمة نحو الشعور بضرورة عدم التقيد بقواعد القانون المدنى فيما يتعلق بمسئولية الحكومة ، وعلى ميلها الى الأخذ فى ذلك بما توحىه مبادئ القانون العام ، تلك المبادئ التى أنشئت خصيصا لتنظيم علاقات الحكومة بالأفراد والتى يؤدى تطبيقها على هذه القضية الى جعل الحكومة مسئولة باعتبار عدم احتفاظها بالرقابة على أعمال الما قول خطأ اداريا منها *faute du service* . وقد سبق أن أشار بمثل ذلك الأستاذ عبد السلام ذهنى بك فى كتابه (فى مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة ، القاهرة ١٩٢٩ ص ٢٤٢ وما بعدها) . وأورد حكما قرر فى صراحة أنه يجب على القضاء المصرى فى أخذه بقواعد ضمان الأفعال ونظرية الضمان بالخطأ فيما يتعلق بمسئولية السلطة العامة أن يدأب على تهذيبها كلما استدعاه التطور الاجتماعى حتى يتاح للتشريع المصرى تغيير هذه النظرية بخير منها (استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٢٩ المحاماة ٩ - ٣٦٨ - ٢٠٢) .

ولعل محكمة الاستئناف قد أرادت بهذه الحثية التى أوردتها فى حكمها الحديث بغير ما حاجة اليها وبغير سبب ظاهر ، لعل محكمة الاستئناف قد قصدت بذلك أن تنبه المشرع الى أنه قد آن له أن يضع التشريع الخاص بمسئولية الدولة - الذى سبق أن أشارت به فى حكمها الأول - تمشيا مع حالة التطور الاجتماعى التى أصبحت تقتضى ذلك ، حتى اذا لم يلب المشرع هذا النداء كانت المحاكم فى حل من التمشى مع

ذلك التطور الاجتماعى باقتفاء أثر القضاء الادارى الفرنسى فى هذا السبيل .

فاذا كان هذا ما قصدت اليه المحكمة ، فنحن نقرها عليه ، وندعو معها اليه . غير أن هذا لا يمنعنا أن نلاحظ أن ما ذهب اليه فى تقرير مسئولية الحكومة فى مثل هذه الحالة بناء على واجبها فى المحافظة على أمن الناس فى أموالهم وأرواحهم يعتبر فى حالة التشريع الحاضر محاولة جريئة للعمل بنظرية الخطأ الادارى ، وخروجاً على ما انعقد عليه اجماع المحاكم المصرية الى الآن ، وما قررته وأكدته غير مرة محكمة النقض والابرار ، وعلى الأخص فى الطعن رقم ٢٢٠٠ سنة ٢ ق المقدم من وزارة الداخلية ضد النيابة وآخر مدعى مدنى ، حيث بنت الوزارة طعنها على أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ اذ طبق على مسئولية الحكومة قواعد مسئولية السيد عن أعمال تابعه ، مع أن تلك المسئولية لا يصح أن تبني على قواعد القانون المدنى ، وانما يجب الرجوع فيها الى قواعد القانون العام التى تقتضى التفريق بين الخطأ المصلحى أو الادارى *faute de service* والخطأ الشخصى *faute personnelle* بحيث لا تسأل الحكومة الا عن النوع الأول بخلاف الثانى فان تبعته تقع على عاتق الموظف أو المستخدم وحده دون الحكومة ، اذ رغضت محكمة النقض هذا الطعن وقالت فيه :

« ومن حيث ان هذا الطعن يرمى الى القول بوجوب ترسم ما جرى عليه قضاء المحاكم الادارية بفرنسا وما أخذ به علماء القانون العام فيها من التفريق بين أساس مسئولية الحكومة عما يقع من موظفيها من عدوان حقوق الأفراد ومسئولية الأفراد عن أعمال تابعيهم وذلك للاعتبارات التى تضمنتها كتب الفقه الفرنسى . على أن مجلس الدولة بفرنسا اذا كان قد جرى على هذه الخطة فبحكم ما له من حرية النظر فى تقرير ما يرى من القواعد القانونية لأنه لم يقيد بقواعد مرسومة ، ومن أجل ذلك استئن فى أحكامه سننا هى مزيج مما فهمه من معنى القانون العام ومما تقتضيه قواعد العدل المطلق ، وتابعه فيما رأى بعض فقهاء

القانون ، وخالفه آخرون ، وتشعبت بهؤلاء وأولئك السبل والمذاهب ، ولا يزالون مختلفين في كثير من أمهات المسائل ، وقد أدى بهم مستحدث النظريات الى آراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعة — ولا من مصلحة مصر في حالتها الراهنة — الأخذ بها ولا الجرى عليها ، ذلك هو مجمل الحال في فرنسا • أما في مصر فالمحاكم محدودة الاختصاص فيما ينشأ بين الحكومة والأفراد من منازعات فضلا عن تقيدها بما وضع لها من قوانين لا معدل لها عنها ، وليس في ظروف الدعوى الحالية ما يستوجب تنكب هذه القوانين الى ما عداها ، اذ النصوص المدنية صريحة وممكنة التطبيق حتى في دعاوى تضمين الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد في حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين » (نقض مدنى ١٠ أبريل ١٩٣٣ المحاماة ١٤ — ١ — ٤ — ٣ ، وأنظر حكما آخر في الطعن رقم ١٦٩٨ س ٣ ق في ذات التاريخ المحاماة ١٤ — ١ — ٥ — ٤) •

وقد ثبتت محكمة النقض على هذا الرأى ، وأكدته أخيرا في حكم حديث بتاريخ ٣ يونيه ١٩٣٧ (مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ — ٣ — ٢٠٠) •

ولم نعثر على غير حكم واحد صادر من محكمة مصر الابتدائية أخذ بنظرية الخطأ الادارى والخطأ الشخصى تأسيسا على نظرية المخاطر أو تحمل التبعة (١٢ يونيه ١٩٣٨ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٩٨ ، مجموعة عياشى ج ٢ نبذة ٣٤٦٩) •

غير أننا نلاحظ من جهة أخرى أنه مادامت الحكومة هي التى طلبت تطبيق نظرية الخطأ الادارى ، فقد لزمها العمل بهذه النظرية في جميع الحالات التى تنطبق عليها ولو كان ذلك ليس من مصلحتها في بعض تلك الحالات • والواقع من الأمر أن أقسام قضايا الحكومة كثيرا ما أخذت بهذه النظرية في فتاويها ، وعلى الأخص فيما يتعلق بحق الحكومة في الرجوع على الموظف بقيمة التعويض ، مع أنه ليس من مصلحتها في هذه

الحالة تطبيق هذه النظرية اذا كان سبب الضرر مما يصح اعتباره خطأ اداريا ، اذ يترتب على ذلك امتناع رجوعها على الموظف .

ومادامت الحكومة قد اختارت لنفسها تطبيق هذه النظرية بكل ما فيها من غنم ومن غرم ، وتمسكت بها أمام القضاء وطبقتهما اداريا ، فليس من المعقول أن تغل يد المحاكم في تطبيقها ، بل وجب عليها اصدار تشريع يجعل العمل بها واجبا قضاء ، والا اضطرت المحاكم الى التحرر من قيود قواعد القانون المدني ومعاملة الحكومة بمنا اختارته لنفسها عملا . وقد أنذرت محكمة الاستئناف بذلك منذ سنة ١٩٢٩ ، وما هي قد شرعت في حكمها الصادر هذا العام تعمل بما أنذرت ، بل ان حكم محكمة النقض ذاته الذى أوردنا خيثياته انما استبعد تطبيق هذه النظرية بعد أن تبين أنها قد تؤدي الى آراء ومواقف ليس من مصلحة الطاعة (وزارة الداخلية) ، ولا من مصلحة مصر في حالتها الراهنة ، الأخذ بها ولا الجرى عليها ، وبعد أن قرر أن ليس في ظروف الدعوى ما يستوجب تنكب القوانين المدنية الى ما عداها . وقد يفهم من ذلك أن محكمة النقض لن تتأخر عن تطبيق هذه النظرية متى رأت أن ذلك قد أصبح من مصلحة مصر أو أن في ظروف الدعوى ما يستوجبه .

نقض مدنى ، ٤ مارس سنة ١٩٤٨ في الطعن رقم ٢٣ سنة ١٧ ق

١ — مسئولية مالك السفينة عن غرق أحد بحارتها • مدى مسئولية رب العمل اذا غل ما من شأنه زيادة أخطار العمل عما هو وارد في عقد الاستخدام •

ب — مسئولية • رابطة السببية بين الخطأ والضرر • تقدير قيامها موضوعى •

المبدأ القانونى :

١ — ليس لرب العمل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه فان هو فعل صح اعتباره مخطا بعقد

الاستخدام اخلايا يصلح أساسا لمسئوليتته ، فإذا كان الثابت في الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معتزم تأجيرها لدولة محاربة ، وان هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علما بهذا التأجير (عند حدوثه) وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد في أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون اذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير خطأ من جانبه في حق عماله .

٢ — اذا كانت محكمة الموضوع رتبت على خطأ الطاعن مسئوليتة عن فقد ملاحى سفينته على اعتبار أن هذا العقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فان رأيها في ذلك انما هو رأى في مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه .

اسباب الحكم

المحكمة

حيث ان حاصل ما ينمى الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه اذ اعتبره مسئولا مدنيا عن فقد مورث المطعون عليهم أقام هذا الاعتبار — أولا — على أنه خطأ اذ أجر الباخرة المصرية الى دولة محاربة فوقت كانت فيه مصر دولة غير محاربة ، لغرض بمعمله هذا رجال الباخرة لخطر لم يكونوا على بينة منه — ثانيا — على أن المادة ٧٧ من قانون التجارة البحرى توجب الضمان « لكل من مرض من الملاحين في أثناء السفر ، أو جرح ، أو قطع منه عضو سواء كان ذلك في خدمة السفينة ، أو في محاربة العدو أو للصوص البحرين » ، وكان مقتضى القياس ايجاب الضمان من باب أولى في حالة هذا الملاح . — ثالثا — على أن المادة ٨٠ من قانون التجارة البحرى تقضى بأنه « اذا قتل أحد البحرين في أثناء دفع العدو أو للصوص البحرين عن السفينة ووصلت بر السلامة فيستحق أجرته بتمامها عن جميع السفر أيا كانت كيفية التجارة » ويقول الطاعن ان بناء

الحكم على ما تقدم مخالف لقواعد المسؤولية المدنية كما هو مخالف لأحكام قانون التجارة البحرية ، أما المخالفة الأولى فوجهها أن تأجير الباخرة ولو لدولة محاربة ليس خطأ في ذاته فضلا عن أنه ليس هو السبب المباشر للفرق ، وأما المخالفة الأخرى فوجهها أن أحكام قانون التجارة البحرية إنما هي استثناء من أحكام القانون المدني وليس يصح التوسل بالقياس لتوسعة الاستثناء ، ثم إن القياس طريق من طرق استنباط الأحكام إنما يصح فيما لم يرد فيه نص ، وفقد الملاح قد نصت على حكمه المادة ٨٠ فكان قياسه على غيره ممتعا ، على أن هذه المادة إذ تحدثت عن قتل الملاح قد اشترطت أن يكون قتله قد وقع بسبب دفع العدو أو لصوص البحار عن السفينة ، وهي لم تجعل لورثة الملاح في حالة تحقق هذا الشرط غير الحق في أخذ أجرته إذا ما بلغت السفينة بر السلامة .

وحيث إن رب العمل ليس له أن يستقل بما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذي استخدم العامل لأدائه فإن هو غفل صح اعتباره مخلا بعقد الاستخدام إخلالا يصلح أساسا لمسؤوليته ، ولما كان الثابت في الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معترم تأجيرها لدولة محاربة وأن هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علما بهذا التأجير وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد في أخطار عملهم فضلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه في حق عماله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد رتبت على هذا الخطأ مسؤولية الطاعن عن غفد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا العقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها في ذلك إنما هو رأى في مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه .

وحيث أنه متى استقام الحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية كان ما ورد فيه خاصا بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرية تريدا وكان ما جاء في الطعن منصبا عليه غير منتج .

(القضية رقم ٣٣ سنة ١٧ القضائية • الدائرة المدنية المشكلة
برئاسة محمد المفتى الجزايرلى بك ، وعضوية سليمان حافظ بك ،
ومصطفى مرعى بك ، وأحمد حلمى بك ، وعبد الرحيم غنيم بك) •

تعليق (٥) : فى هذا الحكم ثلاث مسائل تسترعى النظر : الأولى
مسئولية رب العمل مسئولية تعاقدية عما يصيب سلامة العامل فى بعض
الأحوال ، والثانية اعتبار وصف الخطأ فى الفعل الضار مسألة قانونية
يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض ، والثالثة اعتبار علاقة
السببية بين الخطأ والضرر مسألة واقعية لا يخضع القاضى فى استنباطها
لرقابة محكمة النقض •

١ — أما المسألة الأولى ، فنتصل بجدل كبير أثير — قبل صدور
قوانين إصابات العمل فى فرنسا وفى مصر — حول مسئولية رب العمل •
فقد كان تطبيق القواعد العامة على هذه المسئولية يقتضى ثبوت خطأ فى
جانِب رب العمل أدى الى إصابة العامل وكان يوجب على العامل أن يثبت
وقوع الخطأ من رب العمل ، وكانت نتيجة ذلك عجز العامل فى غالب
الأحوال عن الإثبات وحرمانه من التعويض باعتبار أن هذه الإصابات
نتيجة للمخاطر الملازمة لطبيعة العمل وأن العامل قد قبل هذه المخاطر
عند التحاقه بالعمل • فأنار ذلك شعور العدالة عند المحاكم والمشرع ،
فحاولوا انصاف العامل بثتى الطرق ، وأهمها الأخذ بالمسئولية الشيئية
أو بنظرية مخاطر الحرفة ، والتوسع فى المسئولية التعاقدية باعتبار رب
العمل ملتزما بضمان سلامة العامل طول مدة وجوده فى العمل (راجع
كتابنا فى نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٣٩ وما بعدها والنسخة
الفرنسية منه ص ٣٣ وما بعدها) • غير أن فكرة المسئولية التعاقدية هذه
لم تصادف نجاحا لدى المحاكم الفرنسية والبلجيكية ، ولم يأخذ بها

(٥) منشور فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ص ١٣٥ وما
بعدها من قسم القضاء •

في مصر غير حكم واحد (اللبان الجزئية ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ — ١٦٢ — ٩٣ المحاماة ٤ — ٦٦٨ — ٥٠٤) • وتعلبت فكرة التالفين بنظرية مخاطر الصرفة فأخذ بها المشرع الفرنسي في قانون ١٨ ابريل ١٨٩٨ وما أدخل عليه من تعديلات الى أن استبدل به قانون ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ المعدل بقانون ١٠ سبتمبر ١٩٤٧ و ١٢ يناير ١٩٤٨ ، وأخذ به المشرع المصري في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل • ومنذ ذلك الحين جرى القول بأن مسؤولية رب العمل ليست مسؤولية تعاقدية ولا مسؤولية تقصيرية ، وانما هي مسؤولية قانونية أي مفروضة على رب العمل بحكم القانون وبقطع النظر عن وقوع خطأ منه ، سواء كان ذلك الخطأ عقديا أو غير عقدي •

غير أنه يلاحظ أن المشرع اذ خفف بهذه القوانين من شروط مسؤولية رب العمل قد وضع في مقابل ذلك حدا للتعويض الذي يقضى به للعامل المصاب بموجب هذه المسؤولية القانونية ، فقدر التعويض تقديرا جزافا يجعله دون التعويض الكامل الذي يستحق طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية ، وحرّم على العامل المصاب أن يتمسك بتلك القواعد العامة ليحصل على التعويض الكامل الا اذا استطاع أن يثبت وقوع خطأ فاحش من رب العمل (المادة ٦٧ من القانون الصادر في فرنسا في ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ والمادة الرابعة من القانون الصادر في مصر برقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) •

والمقضية التي صدر فيها الحكم محل هذا التعليق تتعلق بمسؤولية صاحب السفينة عن فقد أحد عمالها أو ملاحيا • والأصل في هذا النوع من الحوادث أن يسرى عليه القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ بشأن اصابات العمل حيث تنص المادة الأولى منه على أن عبارة المحال الصناعية التي يسرى عليها هذا القانون تشمل : « (د) نقل الركاب أو البضائع بطريق البر أو بالسكك الحديدية أو بطرق النقل البحرية أو النهرية أو الهوائية ، ويشمل ذلك شحن وتفريغ البضائع في الأحواض والأرصفة والموانئ ومخازن الاستيداع مع عدم الاخلال بالحقوق المقررة للبحارة بمقتضى

قانون التجارة البحرية » ، فكان يجوز لورثة العامل المفقود أن يحصلوا على التعويض الذى يقدره هذا القانون جزاءا دون أن يكلّفوا اثبات خطأ صاحب السفينة • ولكن يظهر أنهم لم يشاءوا أن يكتفوا بالتعويض الجزاف وطلبوا بالتعويض الكامل تأسيسا على نصوص قانون التجارة البحرية من جهة ، وعلى القواعد العامة فى المسؤولية المدنية من جهة أخرى •

ويلاحظ فى شأن هذين الأساسين أن أولهما جائز الاستناد اليه بالرغم من انطباق القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ على هذه الحادثة لأن المادة الأولى فقرة من هذا القانون جعلت تطبيقه على عمال النقل البحرى مقيدا بعدم الاخلال بالحقوق المقررة للبحارة بمقتضى قانون التجارة البحرية • أما الاستناد الى القواعد العامة فى المسؤولية المدنية فلا يجوز طبقا للمادة ٤ من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الا اذا كان الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب رب العمل •

والظاهر أن محكمة الاستئناف بنت حكمها على كلا الأساسين ، وكانت تستطيع أن تكتفى بأولهما دون الثانى ، فكان الاستناد الى وقوع خطأ من صاحب السفينة فى نظرها حجة اضافية زائدة ، فلم تدقق فيها ، ولم تلاحظ فى شأنها حكم المادة الرابعة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ •

أما محكمة النقض ، فبالعكس من ذلك بحثت الأساس الثانى قبل الأول واكتفت به ، فكان جديرا بها أن تلاحظ حكم المادة الرابعة من قانون اصابات العمل وأن تشتترط من الناحية القانونية أن يكون خطأ صاحب السفينة خطأ فاحشا ، وما كان ذلك ليغيّر من الحكم فى الموضوع شيئا لأن وقائع الدعوى تسمح باعتبار الخطأ الذى وقع من صاحب السفينة بتأجير سفينته الى دولة محاربة مع علمه أن فى ذلك زيادة المخاطر التى يتعرض لها بحارته خطأ فاحشا •

بقى أن المحكمة وصفت هذا الخطأ بأنه اخلال بعقد الاستخدام يصلح أساسا لمسئولية صاحب السفينة ، أى أنها اعتبرت هذه المسؤولية

مسئولية عقدية • وقد يبدو أول الأمر أن في هذا القول رجوعا الى الفكرة القديمة التي نادى بها فريق كبير من الشراح قبل صدور قوانين اصابات العمل ، وتجاهلا لهذه القوانين التي جعلت مسؤولية رب العمل مسئولية قانونية ليس مصدرها العقد ولا التقصير • غير أنه بامعان النظر في هذه القوانين يتضح أن المسؤولية القانونية التي فرضتها لا تجب المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية جبا ، بل تقتصر على تضييق مجال تطبيقها وقصره على الحوادث التي تكون ناشئة عن خطأ فاحش من رب العمل • سواء كان ذلك الخطأ عقديا أو غير عقدي • فإذا قالت محكمة النقض أن رب العمل اذا استقل بفعل ما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذي استخدم العامل لأدائه فإنه يعتبر مخطئا بعقد الاستخدام اخلا لا يصلح أساسا لمسؤوليته ، فقد أصابت الحقيقة بذلك • على أن يكون مفهوما أن هذا الاخلال اذا وقع في حادثة مما يسرى عليه قانون اصابات العمل لا يجوز تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية عليه الا اذا أمكن اعتباره خطأ فاحشا كما في القضية موضوع الحكم محل هذا التعليق •

٢ — والمسألة الثانية التي تستخلص من هذا الحكم هي أن المحكمة العليا تعتبر تكييف الفعل الضار ووصفه بالخطأ مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض • فقد قالت المحكمة كلمتها في شأن وصف ما وقع من رب السفينة ، وكان الطاعن قد تذرع بأن مجرد تأجير السفينة الى دولة محاربة لا يصح اعتباره فعلا خاطئا ، ورأت محكمة الاستئناف أن التأجير في هذه الظروف يعتبر خطأ من حيث انه عمل استقل به صاحب السفينة وترتب عليه زيادة المخاطر الملازمة لطبيعة العمل الذي تعاقد العامل على أدائه ، وليس من حق أحد طرفي العقد أن ينفرد بفعل ما من شأنه زيادة أعباء الطرف الآخر • وقد راقبت محكمة النقض هذا التكييف وقالت أن لا مخالفة فيه للقانون •

ومن المهم في هذه المسألة ابراز مذهب محكمة النقض هذا ، لأن فيه توكيدا لعدولها عما سبق أن قررته في حكم ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ من

أن « قاضي الموضوع يستخلص المسؤولية التقصيرية من جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه في ذلك » (القانون والاقتصاد ٦ ملحق العددي ٦ و ٧ ص ٢٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية ١ - ١١٥٦ - ٣٧٦) • ولا شك في أن المبادئ الصحيحة تقضي بعكس ذلك ، لأنه مادام الخطأ ركنا في المسؤولية ، فالفصل في توافره أو عدم توافره يعتبر فصلا في مسألة قانونية • وقد سبق لمحكمة النقض أن قررت « أن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره ••• أما وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهو من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض » (نقض مدني ١١ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٤ - ١ - ٢١٩ - ١٢٢ مجلة القانون والاقتصاد ٤ ملحق العدد ٣ ص ٥٣ ، وأنظر نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٥ المحاماة ١١ - ٨١٢ - ٤١٧ ، نقض مدني ٩ أبريل ١٩٣٦ مجلة القانون والاقتصاد ٦ ملحق العددين ٦ و ٧ ص ١٧٦ ، نقض مدني ٢١ مايو ١٩٣٦ المرجع السابق ص ٢٢٢ ، نقض ١٦ ديسمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ - ٥٩٩ - ٢٩٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٢١٤ - ٧٧ ، وقارن نقض ٣ مايو ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ - ١١ - ٤) •

٣ - ومن عجب أن محكمة النقض ، مع أخذها بهذا المذهب غيما يتعلق بتقدير توافر الخطأ أو عدمه ، ذهبت الى عكسه غيما يتعلق باستخلاص رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، فقررت أنه « اذا كانت محكمة الموضوع رتبت على خطأ الطاعن مسؤوليته عن فقد ملاحى سفينته على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها إنما هو رأي في مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه » •

ويلاحظ على ذلك أن السببية ركن في المسؤولية كالخطأ سواء بسواء ، وأن تقدير توافرها أو عدمه مسألة قانونية يترتب عليها الحكم بالمسؤولية أو بعدمها ، فيجب أن يخضع قاضي الموضوع في استنباطه رابطة السببية من وقائع الدعوى لرقابة محكمة النقض كما يخضع لها

في استخلاص وصف الخطأ من الوقائع • وقد سبق لمحكمة العليا أن قضت بذلك حيث قررت أن « ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ عن ارتباط السبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، هما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض » (نقض ١١ يناير ١٩٣٤ السابق الاشارة اليه ، وأنظر أيضا نقض ٩ أبريل ١٩٣٦ السابق الاشارة اليه كذلك ، ونقض ٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢ — ٢٤٥ — ٨٧ والأحكام الأخرى المشار إليها في نهاية النبذة السابقة) (٥ مكرر) •

مسئولية الدولة عن الأضرار الناتجة من الأعمال الواقية من خطر الفيضان (٦) : في سنة ١٩٣٤ كان فيضان النيل عاليا جدا وخارقا للعادة الى درجة كانت تنذر بالخطر الشديد على البلاد ، وكان لبعض الملاك في كفر الزيات أطيان تقع بين جسر النيل القديم وجسره الجديد • ولما كان الجسر ضعيفا ويخشى عليه من القطع في كل لحظة بفعل تيارات المياه الشديدة وبحكم تركه وإهماله ، وكان يترتب على قطع هذا الجسر فجأة اندفاع المياه بشدة نحو الجسر الجديد ثم قطعه مما يؤدي الى حدوث غرق عام ، لجأت مصلحة الري الى وسيلة تتفادى بها هذا الخطر بأن قطعت الجسر القديم الملاصق للمياه بطريقة ننية لتدخل المياه رويدا رويدا وتغمر أرض أولئك الملاك ثم تتصل بالجسر الجديد فينتشع بها ويتحمل مقاومة المياه ويؤدي الحماية اللازمة ، رفع هؤلاء الملاك الدعوى على مصلحة الري بطلب التعويض عن غرق أطيانهم ، ودفعت المصلحة الدعوى بأن لها حقوق ارتفاق على تلك الأطيان مستندة في ذلك الى المادة ١٠ من القانون المدني ، واعترفت بأنها قطعت الجسر لأنه كان يخشى عليه من القطع ولم تقل أن قطعه بفعل الطبيعة كان محتما وأن

(٥ مكرر) انظر احكام القضاء اللاحقة لذلك في كتابنا في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد الرمية سنة ١٩٧١ نبذة ١٦٧ ص ٤٦٢ .
(٦) منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٣٣ .

أرض المدعين كان لابد من غرقها بدون تدخل منها .

فقررت محكمة الاستئناف في ٧ مارس ١٩٣٧ (المحاماة ١٧ — ١١٨٥ — ٥٩٣) أنه لا محل لتمسك وزارة الأشغال بالمادة العاشرة من القانون المدني عن الأعمال الخاصة بالوقاية من الفيضان ، فذكر في المادة الرابعة منه أن الأعمال الواقية من الفيضان وتشمل أعمال الجسور والرؤوس والصلايب والطراريد وغيرها من الأعمال التي يراد بها وقاية الأراضي والبلاد من طغيان المياه تعد عمومية ، ولذلك فالحكومة مكلفة بها جميعا وملزمة بمصاريفها . وحكمت المحكمة بأن الأعمال التي أجرتها الحكومة من قطع جسر النيل وتصريف المياه بأرض المدعين إنما هي من أعمال الوقاية من غائلة الفيضان فتكون الحكومة مسئولة عن تعويض الضرر الناشئ عنها طبقا للمادة الرابعة المشار إليها ، واستندت فوق ما تقدم الى أن تصريف المياه في أطيان المستأنفين على الصورة المتقدمة إنما هو بمثابة استيلاء مؤقت على أرضهم أملت الضرورة للمنفعة العمومية يستحقون عليه تعويضا طبقا للمادة ٢٢ من القانون الخاص بنزع الملكية للمنافع العمومية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ . ويلاحظ على هذا الحكم أنه لم يبين المسؤولية عن خطأ وقع من المصلحة في قطعها الجسر القديم وأغرق أطيان المدعين وإنما هو استند الى قوانين خاصة تلزم الدولة بتعويض الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء أعمال تقوم بها لمنفعة المجموع ، وحتى لا ينتفع المجموع على حساب الفرد بل يتساوى الجميع أمام تكاليف المجتمع تمشيا مع التطور العام في البلاد المتقدمة .

مسئولية مالك البناء (٦) : لم ينقل المشرع المصري نص المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي الخاصة بمسئولية مالك البناء ، فاختلت الشراح والمحاكم في مصر ، فغال فريق بتطبيق القواعد العامة في هذه الحالة ، ورأى فريق آخر إمكان جعل مسؤولية المالك مفترضة بحكم القانون ،

(٦) منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، نوفمبر ١٩٣٧ ، ص ١٠٣٢ .

وزاد المسألة تعقيدا أن الشراح في فرنسا منقسمون فيما يتعلق بأساس هذه المسؤولية وبما يجوز أن تدفع به (راجع في أوجه الخلاف المذكورة سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ٢٧ وما بعدها و ص ١٤٢ وما بعدها وباللغة الفرنسية ص ٢٤ و ص ١٤١) . وقد رأت محكمة مصر الكلية في حكمها الصادر بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٣٢ (المحاماة ١٦ — ٦٠٩ — ٢٦٦) ، بعد عرض أوجه الخلاف كلها هنا وهناك ، أنه لا يسعها إزاء هذا الخلاف وعدم استقرار الرأي في مصر وفي فرنسا ، إلا أن تأخذ بالقواعد العادية خصوصا وأن هذا النص (نص المادة ١٣٨٦ مدنى غرنسى) تعتبره هذه المحكمة غير متفق مع قواعد المسؤولية الأساسية ، ولولا ذلك لما احتاج الشارع الفرنسى للنص عليه خاصة (٧) .

(٧) ننقل هنا أسباب هذا الحكم التى تعرضت لأوجه الخلاف في فرنسا وفى مصر ، (ونحن نرى أنه يعوزها شيء من الدقة في عرض الآراء المطلقة بالقانون الفرنسى) .

» وبما أن نص المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى يقرر بأن مالك المبنى مسئول عن الأضرار الناشئة من تهمد المبنى ، ذلك التهمد الناشئ عن عدم الصيانة أو لعبب بالمبنى .

» وحيث أن الفقه والقضاء الفرنسين مختلفان في تفسير هذا النص ، فبعضهم يقول بأنه يؤخذ من هذا النص أن ليس للمالك العقار أن يفلت من المسؤولية المقررة فيه ، ويعتبر التقصير مقروضا وجوده قبله ، ولا يباح له مطلقا إقامة الدليل بالعكس (راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ٩ أبريل ١٨٩٧ دالوز ٨٨ — ١ — ٢٧ ، لوران ج ٢٠ نبذة ٦٤٢ ، وايضا جوسران ص ٨١ ، وسوردا ج ٢ نبذة ٣٥٣) ، والبعض الآخر ، ومنهم معظم علماء القانون ودائرة الالتباس بمحكمة النقض الفرنسية ، يقولون بأن أساس المسؤولية في المادة ١٣٨٦ هو التقصير ، وأن هذه المادة ما هى إلا تطبيق للقواعد الواردة في المواد ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون الفرنسى ، وأنه يجب أن يقوم الدليل على توهم الخطأ من جانب المالك (١) . وأن هذه المادة لم تات خلافا للقواعد الأساسية الا بفترضها الخطأ افتراضا (٢) ، وليس على طالب التعويض ألا إقامة الدليل على أن المالك لم يصن أملاكه (٣) أو أن هناك عيبا بالبناء . والفرق بين الرايين واضح ، فإنه على الراى الاول لا يمكن المالك أن يفلت من المسؤولية ، وأما على الراى الثانى فللمالك الحق في أن يقيم الدليل على أنه ليس هناك أى خطأ من جانب (٤) ، ولا يكون لطالب التعويض الا حق توجيه مطالبه لمن كان هو السبب المباشر في حصول الضرر بخطئه (راجع لوران جزء ٣٠ نبذة ٦٣٩ ، هيك جزء ٨ نبذة ٤٣٩ ، بودرى لاكتينيزى جزء ٢ نبذة ١٢٥١ ، بلانويول جزء ٢ نبذة ٢٦٩ ، أوبرى ورو جزء ٤ نبذة ٤٤٦)

والواقع أن الخلاف في فرنسا لم يتناول مبدأ المسؤولية المفترضة على المالك بحكم القانون ، لوجود النص عندهم ، بل اقتصر على تعيين أساس هذه المسؤولية ، أهو الملكية في ذاتها أم هو واجب المالك في رعاية بنائه وصيانتها ؟ والرأى الغالب أن هذه المسؤولية تقع على عاتق المالك ولو لم يكن البناء في رعايته ، أو كان العيب في تشييده أو التقصير في صيانتها راجعا إلى أحد الملاك السابقين (نقض فرنسى مدنى ١٩ أبريل ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨ - ١ - ٢٧ ، هيك ج ٨ رقم ٤٥٤ ، مازو نبذة ١٠٣٢ والشرح المذكورين فيها) . وظهر أثر هذا الخلاف أيضا فيما يجوز أن تدفع به هذه المسؤولية ، فرأى بعض الشراح أن هذه المسؤولية لا يجوز دفعها بأى سبب كان (أنظر لالو نبذة ٥٤٧ ، كولان وكابيتان ج ٢ الطبعة السابعة ص ٢٠٦) . ولكن المحاكم أجازت دفعها في بعض الأحوال ، ويستتنب من مجموع أحكامها أن هذه المسؤولية تسقط عن المالك إذا كان عدم صيانة البناء نتيجة خطأ من المجنى عليه أو حادث فجائى ، أما إذا كان عدم الصيانة أو عيب البناء اشترك مع خطأ المجنى عليه أو مع الحادث الفجائى في أحداث الضرر ، فحينئذ يكون لتهدم البناء سببان ، وتوزع المسؤولية بينهما إذا كان السبب الثانى خطأ المجنى عليه ، أما ان كان القوة القاهرة فتبقى المسؤولية كاملة على عاتق المالك (راجع هذه الأحكام في كتابنا في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١٤٧ وباللغة الفرنسية ص ١٤٥) .

أما في مصر فالخلاف على أصل تطبيق المسؤولية المفترضة بحكم

« وبما أن الفقهاء المصريين قد اختلفوا فيها بينهم ، فالاستاذ عبد السلام بك ذهني يرى وجوب الأخذ بنص المادة ١٣٨٦ باعتبار أنها تقر مبدأ قانونيا ساميا يتفق مع الضرورات الاجتماعية ، وذلك باعتبار أن هذه المادة مؤيدة لنظرية المسؤولية الشيئية ، ويرى المسيو دى هلتنس أن يرجع في تقدير المسؤولية في هذه الحالة إلى العدالة (يراجع كتابه ج ٤ نبذة ١٤٢ وكتاب الاستاذ عبد السلام ذهني بك في الالتزامات ص ٧٧٧) . »
 « وحيث أنه إزاء هذا الخلاف وعدم استقرار الرأى في مصر أو في فرنسا ، لا يسع هذه المحكمة إلا أن تأخذ بالقواعد العادية خصوصا وأن هذا النص تعتبره هذه المحكمة غير متفق مع قواعد المسؤولية الاساسية . ولولا ذلك لما احتاج الشارع الفرنسى للنص عليه خاصة (راجع مذكرات الاستاذ والتون في المسؤولية ص ١١١) . »

القانون ، فالمعارضون لذلك يستندون الى خلو القانون المصرى من نص مقابل للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، والمؤيدون يرون أن المشرع المصرى انما نقل فى ايجاز أحكام المواد ١٣٨٢ الى ١٣٨٦ فرنسى وضمنها المواد ١٥١ أهلى و ٢١٢ مختلط وما بعدهما ، ولم يقصد بهذا الایجاز أن يحيد عن الأحكام التى قررتها تلك المواد . وقد أخذت بكل من الرايين أحكام عدة ، واستمر الخلاف منذ انشاء محاكمنا المختلطة والأهلية الى الآن . وقد يبدو عجيبا أن يستمر طوال هذه المدة ، ولكن بالتأمل يتضح أن استمراره راجع الى أنه ليس للفرق بين النظريتين أثر عملى فى التطبيق ، إذ أن الأحكام التى اعتبرت هذه المسئولية مفترضة بحكم القانون جعلت أساسها افتراض الخطأ فى رعاية البناء وليس مجرد الملكية كما فى القانون الفرنسى ، فإذا عجز المالك عن اسناد عدم الصيانة أو عيب البناء الى خطأ أحد الملاك السابقين أو الى شخص يكون قد وضع البناء تحت رعايته ، فإنه يبقى مسئولاً بغير حاجة بالمحكمة الى الاستناد الى قرينة قانونية غير منصوص عليها فى تشريعنا ، اذ يمكن استنباط خطئه من واقعة عيب البناء أو عدم صيانته عن طريق قرائن الأحوال . أما ان استطاع المالك اسناد عدم الصيانة أو عيب البناء الى شخص آخر فلا تكون للقرينة القانونية أية فائدة اذ يتحتم سقوطها عند اقامة الدليل على خطأ أحد الملاك السابقين أو يجب انتقالها الى عاتق من يكون المالك وضع البناء تحت رعايته ، وذلك بخلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث تلازم هذه المسئولية المالك بصفته مالكا .

يتضح إذن من ذلك أن المحاكم المصرية ، سواء اعتبرت مسئولية مالك البناء مفترضة بحكم القانون أم اعتبرتها خاضعة للقواعد العامة ، بعيدة كل البعد عن اتباع حكم المادة ١٣٨٦ فرنسى كما طبقها القضاء فى فرنسا ، وأنها اذا أرادت أن تصل الى جعل مالك البناء أو حارسه مسئولاً ، أمكنها ذلك عن طريق أى من الرايين ووصلت فى كلتا الحالتين الى نتائج عملية واحدة (٨) .

(٨) انظر حكم التقنين المدنى الجديد فى هذا الشأن فى مؤلفنا المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية الطبعة الاولى سنة ١٩٦٠ الجزء الثانى ص ١٥٢ .

ثالثا — متنوعات في المسؤولية المدنية

(أ) المسؤولية عن الفعل الضار في التقنين المدني الجديد •

(ب) نظرية دفع المسؤولية المدنية (ترجمة مقال نشر في مجلة :

L, Egypte Judiciaire السفة الخامسة العدد ١٥٨ بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٣٦ متضمنا ملخص رسالتنا المقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في سنة ١٩٣٦ مع تقديم للرسالة المذكورة بقلم الأستاذ ليون مازو •

المسئولية عن الفعل الضار في التقنين المدني الجديد

(مقالان في الأحكام العامة للمسئولية المدنية)

والأحكام الخاصة بالمسئولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء) (*)

كان التقنين المدني الملغى في غاية الاقتضاب فيما يتعلق بالمسئولية المدنية ، فلم يورد في شأنها سوى ثلاثة نصوص موجزة (م ١٥١ — ١٥٣) ركز فيها أشد التركيز أحكام خمس من مواد التقنين الفرنسي هي كل ما تضمنه ذلك التقنين في هذا الشأن (م ١٣٨٢ — ١٣٨٦) .

وكان أن اتسعت منذ صدور التقنين المدني الملغى دائرة المسئولية المدنية اتساعا كبيرا وتعددت قضاياها وتشعبت موضوعاتها ، سواء أكان ذلك في فرنسا أم في مصر . وقد أظهر ذلك قصور التقنين الفرنسي في هذا الشأن ، وأبرز من باب أولى عيب الاقتضاب المخل في التقنين المصري الملغى .

وقد حاول الفقه في كلا البلدين أن يسد النقص ، فتمتدعت نظرياته وتنوعت ، وظهرت فيها نزعتان رئيسيتان : نزعة المذاهب الشخصية ونزعة المذاهب المادية ، الأولى تنظر الى المسئولية المدنية من ناحية شخص الفاعل وتوافر أسباب ادانته أو عدم توافرها ، والثانية من ناحية الضرر الذي أصاب الغير وضرورة تعويضه وهي تتجاوز عن شرط الخطأ وتكتفي بتسبب الفاعل في حصول الضرر . وقد تفرعت على هاتين النزعتين نظريات متعددة ، كان بعضها يهدف الى توسيع دائرة المسئولية في المذاهب الشخصية ، وبعض آخر يرمى الى وضع حدود للمسئولية التي تقول بها المذاهب المادية .

(*) منشوران في مجلة التشريع والتضاء ١٩٤٩ — العدد ١٥ — الفقه ص ٩ وما بعدها و ص ١٥ وما بعدها .

وكانت مهمة القضاء في هذه الظروف شاقة ، ولكنه اضطلع بها على أكمل وجه ، اذ اجتهد في تقرير الكثير من المبادئ والأحكام ، ولكن في الحدود التي رسمها المشرع للمسئولية المدنية على أساس النظرية التقليدية . وكثيرا ما ضاق بهذه الحدود وحاول الفروج عليها أو أعرب على الأقل عن أمله في أن يتدخل المشرع ليوسع منها .

وقد تكونت من مجموعة أحكام المحاكم المصرية ثروة قانونية قيمة كان لزاما على المشرع الحديث أن يتخذها أساسا لوضع أحكام المسئولية المدنية في التقنين المدني الجديد .

وقد نص هذا التقنين على أحكام المسئولية المدنية في الكتاب الأول منه الخاص بالالتزامات ، وخصص لها الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزامات ، وتنقسم هذه الأحكام الى أحكام عامة تعتبر هي الأصل في المسئولية ما لم يوجد نص يخالفها (م ١٦٣ — ١٧٢) . وأحكام خاصة تعتبر استثناء من الأولى وهي تتعلق بالمسئولية عن عمل الغير (م ١٧٣ — ١٨٥) ، وبالمسئولية الناشئة عن الأشياء (م ١٧٦ — ١٧٨) .

وسنعرض في هذا البحث للأحكام العامة في المسئولية المدنية ونفرد البحث التالي للأحكام الخاصة .

— ١ —

الأحكام العامة في المسئولية المدنية

أولا — أركان المسئولية :

استهل المشرع الأحكام العامة في المسئولية المدنية بتقرير القاعدة الأساسية في هذا الموضوع ، فنص في المادة ١٦٣ على أن « كل خطأ

سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » فأبرز في هذه العبارة الموجزة ثلاثة أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر والسببية ، وما يترتب على توافرها من التزام بالتعويض .

١ - الخطأ :

وظاهر أن المشرع التزم في ذلك النظرية التقليدية التي تجعل أساس المسؤولية المدنية الخطأ ، ولم يتأثر بالنظريات المادية فوجب مراعاة ذلك في تفسير هذه الأحكام .

وقد تحاشى المشرع في التقنين الجديد كما في التقنين الملغى أن يعرف الخطأ تاركاً ذلك إلى المحاكم والشرح . وقد عرفت المحاكم المصرية الخطأ بأنه عدم الوفاء بالتزام أوجبه القانون . وأهم هذه الالتزامات الالتزام العام بالاحتياط لعدم الأضرار بالغير (٨) .

ومتى ثبت وجود الواجب القانوني كان كل إخلال به خطأ يستوجب المسؤولية ، سواء اتخذ ذلك الإخلال صورة القيام بعمل ممنوع أو الامتناع عن عمل واجب ، وسواء حصل عن عمد أو عن إهمال . وقد نص المشرع على صورة مستحدثة من صور الخطأ ، هي الخطأ باستعمال الحق استعمالاً غير مشروع *abus de droit* ، ولكنه لم ينص عليها في الفصل الخاص بالعمل غير المشروع بل في الباب التمهيدي الذي صدر به التقنين الجديد (المادة الخامسة من التقنين) لأنه رأى في نظرية إساءة استعمال الحق من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لمكرة العمل غير المشروع .

ولما كان القانون لا يتوجه بالخطاب إلا إلى شخص مميز يستطيع أن يفهم أوامره وأن يقوم بتنفيذها ، كان تكليف أى شخص بواجب أو

(٨) انظر في اعتبار الالتزامات التي يعد الإخلال بها خطأ مذكراتنا في الفعل الصادر سنة ١٩٢٨ ص ٣١ نبذة ٢٨ وما بعدها ، وراجع ما تقدم في ص ٩ وما بعدها .

التزام قانوني يفرض عليه سلوكا شخصيا معينا يفترض في هذا الشخص توافر التمييز ، ولما كانت النظرية التقليدية تجعل الخطأ أساس المسؤولية، تعين أن تشتترط في المسئول توافر التمييز ، لأنه لا خطأ دون التزام سابق ، ولا التزام دون تمييز . ولذلك قضت المحاكم عندنا بأن جنون المتهم يرفع المسؤولية الجنائية وينفى عنه المسؤولية المدنية .

وبناء على ذلك اذا وقع الفعل الضار من شخص وهو قاصر غير مميز أو مجنون أو سكران فاقد الوعي ، فلا مسؤولية على ذلك الشخص الا اذا كان جنونه أو فقده الوعي راجعا الى خطأ منه .

غير أن المشرع رأى أن الأخذ في هذا الشأن بالنظرية التقليدية على إطلاقها يجافي العدالة في حالة عديم التمييز طائل الثراء اذا ألحق بالغير ضررا بالغاً (قتل عائلته مثلا) ، فقرر في هذه الحالة نوعا من المسؤولية المدنية يجوز أن يلجأ اليه بصفة احتياطية اذ نص في المادة ١٦٤ مقررته ثانية على أنه « ... اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم » . ويلاحظ في هذه المسؤولية شذوذها من حيث انها أولا مسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ ، وثانيا مسؤولية احتياطية لا يمكن قيامها الا اذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز أو وجد وتعذر الحصول منه على التعويض لاعساره ، وثالثا مسؤولية جوازية أى أن للقاضي أن يأخذ بها أو أن لا يأخذ ، ورابعا مسؤولية مخففة أى أنه لا يترتب عليها حتما الحكم بتعويض كل الضرر كما في أحوال المسؤولية الأخرى ، بل يصح أن يقتصر التعويض فيها على القدر الذى يراه القاضي كافيا لارضاء العدالة مع مراعاة مركز الخصوم ، كدرجة يسار المسئول ومقدار تأثر المصاب بما لحقه من ضرر ودرجة حاجته الى التعويض ... الخ .

انتفاء الخطأ :

وبعد أن قرر المشرع تأسيس المسؤولية بوجه عام على الخطأ ، نص على بعض أسباب تزيل صفة الخطأ عن الفعل الضار الذي يعتبر في أصله خطأ ، تلك هي الدفاع الشرعى (م ١٦٦) ، وتنفيذ أمر الرئيس (م ١٦٧) ، والضرورة (م ١٦٨) . وقد قنن المشرع بذلك ما جرت به أحكام المحاكم في هذا الشأن تفريعا على النظرية التقليدية في المسؤولية المدنية ومراعاة للمواءمة بين هذه المسؤولية والمسؤولية الجنائية .

وبلاحظ أن نص التقنين الجديد على هذه الأسباب الثلاثة لا يستنفذ كل أسباب الإباحة ولا يمنع من وجود غيرها ، وإنما خص المشرع هذه الأسباب الثلاثة بالنص لأنه وجد فيها خفاء ، أو أراد أن يحسم بشأنها نزاعا ، أو أن يرتب عليها حكما خاصا .

فالدفاع الشرعى يعتبر بالشروط المقررة في قانون العقوبات (م ٢٤٥ وما بعدها) حقا للمعتدى عليه . واستعمال هذا الحق في حدوده لا يعتبر خطأ ولا تترتب عليه مسؤولية ولو نشأ عنه ضرر للمعتدى . غير أنه يشترط في ذلك ألا يجاوز الشخص في دفاعه القدر الضرورى لدفع الاعتداء ، والا اعتبر مجاوزا حدود حقه ومرتكبا خطأ يستوجب مسؤوليته ، ولكن المشرع رأى أن يخفف المسؤولية في هذه الحالة فنص في المادة ١٦٦ على أن من جاوز حدود الدفاع الشرعى يصبح « ملزما بتعمييض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . والمقصود بذلك تخفيف المسؤولية لا بمراعاة مركز الخصوم كما في الحالة التى نصت عليها المادة ١٦٤ فقرة ثانية ، ولكن باعتبار أن خطأ من جاوز حدود الدفاع الشرعى لم يكن ليقع منه لولا خطأ المعتدى الأسمى في اعتدائه ، أى باعتبار الضرر الذى أصاب المعتدى عليه نتيجة لوقوع خطأ من كل من الطرفين ، وهى الحالة المصطلح على تسميتها بحالة الخطأ المشترك (أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية ٣ ص ١٨٦) .

وبلاحظ أنه بالرغم من قصر المادة ١٦٦ على حالة استعمال حق

الدفاع انشعري ، فان حكمها من حيث الاباحة ورفع وصف الخطأ عن الفعل الضار ينطبق على استعمال أى حق آخر مقرر بمقتضى القانون ، لأن الفعل متى كان استعمالاً مشروعاً لحق معين فلا يعتبر خطأ ولو نشأ عنه ضرر للغير . وقد نصت المادة ٦٠ ع على أنه « لا تسرى أحكام هذا القانون على كذا ، فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة أى أن كل

dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi

فعل مما يقع أصلاً تحت طائلة قانون العقوبات يصبح غير معاقب عليه إذا وقع استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون كحق الزوج في تأديب زوجته وحق الولي في تأديب من في ولايته وحق الصيدلي والطبيب في حيازة المواد المخدرة وحق المالك الذى يهدم حائطاً أو حداً أقامه آخر على أرضه دون حق . فإذا كان استعمال الحق يرفع عن الفعل صفة الجريمة الجنائية ، فهو ينفى صفة الخطأ المدنى أولى . وبناءً على ذلك لا يسأل الزوج ولا الولي عن الضرب الذى يقع منهما استعمالاً لحق التأديب مادام لم يجاوز حدود هذا الحق ، ويسألان عنه إذا جاوز هذه الحدود .

والسبب الثانى من أسباب الاباحة التى نص عليها التقنين الجديد قد ورد مقصوراً على الموظف العام إذا ارتكب أمراً أضر بالغير ، وكان ذلك تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيس ، سواء كان ذلك الرئيس رئيسه المباشر أو غير المباشر ، وفى هذه الحالة ينتفى وصف الخطأ عن الفعل الضار الذى وقع من الموظف إذا توافرت فيه الشروط الآتية : (١) أن يكون الأمر الصادر من الرئيس الى الموظف واجب الطاعة أو يعتقد الموظف أنه واجب الطاعة ، (٢) أن يثبت الموظف أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة ، (٣) أن يثبت الموظف أنه راعى فى عمله جانب الحيطة (م ١٦٧) .

ويلاحظ أن هذا النص يقابل المادة ٦٣ ع . وأن أساس الاباحة فيه أن الموظف يقوم بتنفيذ أمر واجب عليه تنفيذه أو يعتقد عن حسن نية وفى تبصر أنه واجب عليه . وقد أهمل المشرع فى التقنين المدنى

النص على حالة أخرى وردت في المادة ٦٣ ع هي حالة ارتكاب الموظف الفعل الضار تنفيذا للقانون مباشرة أى دون أن يتلقى أمرا من رئيس كوكيل النيابة اذا ألقى القبض على متهم (١) ، ولا نزاع في أن الموظف في هذه الحالة يقوم بواجبه ولا يمكن أن يعتبر القيام بالواجب خطأ .

ويتضح من ذلك أن ما ينفي عن فعل الموظف صفة الخطأ انما هو قيامه بهذا الفعل باعتباره واجبا عليه . ومادام الأمر كذلك ، فلماذا يختص الموظف العام بهذه الالباحة دون غيره ؟ أليس ينتفع بها مثلا كل فرد شاهد ارتكاب جناية فقام بما تفرضه عليه المادة ٧ تح ٥ ج ٥ من واجب القاء القبض على الجانى ؟ لذلك نستطيع أن نقرر بصفة عامة أن القانون يرفع وصف الخطأ عن الفعل الضار كلما وقع هذا الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياما بواجب قانوني ، وأن كلا من المادتين ١٦٦ و ١٦٧ مدنى جديد لا تعدو أن تكون تطبيقا لهذا المبدأ في حالة معينة .

أما حالة الضرورة ، فقد نصت عليها المادة ١٦٨ مدنى جديد بقولها « ان من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » ، كما نصت المادة ٦١ ع على أن لا عقاب على من ارتكب جريمة تحت تأثير الضرورة . وقد اختلف شراح قانون العقوبات في تعليل الاعفاء من العقاب في هذه الحالة . أما فقهاء القانون المدنى ، فقد أجمعوا على أن أى شخص عاды لابد أن يعتبر أنه يجب عليه أن يتفادى ضررا كبيرا محدقا به أو بغيره باحداث ضرر أقل ، فكل شخص يفعل ذلك تحت تأثير الضرورة لا يكون مخطئا ولا يسأل عن الفعل الضار (مصطفى مرعى بك نبذة ٦٢ ، مازو نبذة ٤٩٤) . والظاهر أن محكمة النقض قد ذهبت هذا المذهب أيضا ، ويستدل على ذلك بطريق مفهوم المخالفة من حكم أصدرته في ١٧ نوفمبر ١٩٤١ (المحاماة ٢٢ - ٤٦٨ - ١٥٨) قالت فيه « انه اذا كان الفعل

المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداية أهم منه شأنًا وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر ، وذلك على أساس توازن الخطأ في الموازنة وقت قيام حالة الضرورة بين الضررين لارتكاب أخفهما » • على أن الشراح أضافوا الى ذلك أن انتفاء الخطأ بالضرورة لا ينفي أن الشخص قد أقاد من الضرر الذي أحدثه بالغير أنه توقى الضرر الذي كان يهدده هو ، فيجب عليه أن يعرض الغير طبقاً لقواعد الاثراء دون سبب • فإذا كان الفعل الضار قد ارتكب وقاية للغير ، وجب التعويض على هذا الغير وفقاً لهذه القواعد (مازو نبذة ١٩٤) •

غير أن المشرع لم يأخذ فيما نص عليه في المادة ١٦٨ بأى من هذه الآراء ، فلا هو أخذ برفع المسؤولية عن محدث الضرر رغماً تاماً ، ولا هو اكتفى بالزامة إذا توافرت فيه شروط الاثراء دون سبب ، بل نص على الزامة في جميع الأحوال « بالتعويض الذي يراه القاضى مناسباً » ، وقال في المذكرة الايضاحية انه قصد بذلك تخفيف المسؤولية في هذه الصورة عوضاً عن الابقاء عليها أو نفيها في جملتها ، وهذا دون اخلال بالتزام الغير الذي وقع وقاية له وفقاً لقواعد الاثراء بلا سبب •

ويبدو من ذلك أن المشرع قد خرج في هذه الحالة أيضاً على النظرية التقليدية لأنه استبقى الالتزام بالتعويض في حالة لا خطأ فيها ، وأنه لذلك جعل تقدير التعويض مطلقاً في يد القاضى يحكم فيه بما يراه مناسباً للظروف دون تقييد بالقواعد المقررة في تقدير التعويض • وأغلب الظن أن القاضى لن يرى حاجة الى الحكم بهذا التعويض ، كلما أمكنه تطبيق قواعد الاثراء دون سبب •

٢ - الضرر :

اكتفى المشرع بذكر الضرر في النص الذي ضمنه القاعدة العامة (م ١٦٣) ، ولا نزاع في ضرورة توازن الضرر لقيام المسؤولية بل اننا نرى أن المدعى بالتعويض يجب أن يثبت الضرر الذي أصابه قبل أى

ركن آخر من أركان المسؤولية (راجع تعليقاتنا في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٩ وفيما تقدم ص ١٧١) ، ويستوى في ذلك أن يكون الضرر خسارة لحقت المدعى أو كسبا غاته (م ٢٢١) ، ويجوز أن يكون الضرر ماديا أو أن يكون أدبيا . غير أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يجوز أن ينتقل الحق في التعويض الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (المادة ٢٢٢ فقرة أولى) (١٠) ، على أن الألم النفساني الذي يصيب أقارب المجنى عليه من جراء موته لا يخول الحق في التعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية (م ٢٢٢ فقرة ثانية) .

٣ - السببية :

اشترط المشرع أن يكون الخطأ قد سبب ضررا للغير (م ١٦٣) ، والاجماع من قديم على أن هذه السببية يجب أن تكون مباشرة ، ولكن الصعوبة كانت دائما في تعيين ما يعتبر نتيجة مباشرة للخطأ ، فخطا التقنين الجديد خطوة موفقة اذ اشترط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ ، وقرر أن الضرر يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١ فقرة أولى) (١١) .

والأصل أن على مدعى التعويض أن يثبت توافر السببية المباشرة كما يثبت الخطأ والضرر ، فمبني أثبت هذه الأركان الثلاثة تعذر على المدعى عليه دفع المسؤولية عن نفسه . غير أن الغالب في رابطة السببية بوجه خاص أن يكون ثبوتها لا من طريق اليقين بل على سبيل الترجيح ، فيسمح عندئذ للمدعى عليه أن يثبت انعدام السببية المباشرة ، وهو يستطيع ذلك اما من طريق مباشر أى باقامة الدليل على انتفاء السببية ، وهي ممكنة لأنها من قبيل إثبات النفي المحدود ، واما من طريق غير مباشر أى باقامة الدليل القطعي على أن الضرر يرجع الى سبب أجنبي عنه .

(١٠) راجع تعليقاتنا في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٦١ . وفيما

تقدم ص ٢٦٦ .
(١١) في هذا المعنى استئناف مخطط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٧ ص ٣١٨)

واذا ثبتت السببية المباشرة من طريق اليقين ، فقد يتمكن المدعى عليه من أن يثبت أن الخطأ الذى وقع منه وتسبب مباشرة فى أحداث الضرر راجع هو ذاته الى سبب أجنبى عنه بحيث يعتبر هذا أنه السبب الحقيقى فى وقوع الضرر . لذلك نص التقنين الجديد فى المادة ١٦٥ منه على أنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » .

ويلاحظ فى شأن ذلك أولا ، أن اثبات السبب الأجنبى لا يدفع المسؤولية عن المدعى عليه الا باعتباره الطريق الايجابى لنفى السببية ، فاذا كان القانون قد نص على دفع المسؤولية بالسبب الأجنبى ، فما ذلك الا من قبيل النص على الغالب ، ولكنه لا يمنع جواز دفع المسؤولية بمجرد نفي السببية .

ويلاحظ ثانيا أن الفصل ذكر بعض أنواع السبب الأجنبى على سبيل المثال ، فينبغى تعيين الميزات العامة لما يعتبر سببا أجنبيا ، ونرى أنها تنحصر فى عنصرين : أولهما أن يكون ذلك السبب قد جعل وقوع الضرر محتما ، والثانى أن يكون ذلك السبب أجنبيا عن المدين ولا شأن له فيه وهو لا يكون كذلك الا اذا كان غير متوقع الحصول وغير ممكن تلافيه (١٢) .

ويلاحظ أخيرا أن المادة ١٦٥ استثنت من حكمها حالة وجود نص أو اتفاق يخالفه . ومثل النص الذى يقضى خلافا لهذا الحكم نص المادة الثالثة من قانون اصابات العمل ، ومثل الاتفاق المخالف ما نصت عليه

(١٢) راجع فى ذلك كتابنا فى نظرية دفع المسؤولية المدنية سنة ١٩٣٦ ص ١٨٠ وما بعدها .

المادة ٢١٧ مدنى جديد من أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

ثانياً — احكام المسؤولية :

١ — تقدير التعويض : يترتب على ثبوت مسؤولية الشخص التزامه بتعويض الضرر . وقد نصت المادة ١٧٠ على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر .. طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة » . والمقصود بذلك أن يقدر القاضى التعويض بحسب قيمة الأضرار المادية والأدبية التى تعتبر نتيجة طبيعية لخطأ المسئول ، سواء كانت تلك الأضرار خسارة لحقت المضرور أو كسبا فاته . ويؤخذ من الأعمال التحضيرية أن فى مقدمة « الظروف الملائسة » التى يجب على القاضى أن يراعيها فى هذا التقدير جسامه الضرر واشتراك المضرور فى احداث الضرر بخطئه .

ويجب أن يعين القاضى فى حكمه مدى التعويض تعييناً نهائياً الا اذا تعذر عليه وقت الحكم معرفة الحد الذى سيقف عنده الضرر . ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يقدر التعويض تقديراً مؤقتاً « وأن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير » (م ١٧٠) .

والأصل أن يقدر القاضى التعويض بالنقد ، ولكن يجوز له تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يحكم بالتعويض العينى أو بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار كتنشر الحكم فى الجرائد تعويضاً عن القذف (م ١٧١ فقرة ثانية) . وإذا رأى أن يقدر التعويض بالنقد ، جاز له أن يحدده بمبلغ يأمر بدفعه دفعة واحدة أو أقساطاً ، أو أن يقدره بايراد مرتب يدفع للمضرور مدى الحياة أو الى أن يزول عنه الضرر ، وجاز له فى الحالتين الأخيرتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا (م ١٧١ فقرة أولى) .

٢ - التضامن : واذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين ووزعت المسؤولية فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم (م ١٦٩) •

فالتقنين الجديد قد جعل الأصل في توزيع المسؤولية التقصيرية بين المتضامنين فيها التوزيع بالتساوى - وهذا يتفق مع القاعدة المقررة في التضامن بوجه عام (م ٢٩٧) كما يتفق مع نظرية تعادل الأسباب في المسؤولية التقصيرية - غير أنه أجاز للقاضي أن يخرج على هذا الأصل وأن لا يسوى بين المتضامنين في المسؤولية ، ولكنه لم ينص على قاعدة يستهدى بها القاضي في ذلك • وكانت المحاكم قد جرت على أن يكون التوزيع تبعاً لجسامة الخطأ ، وقد تضمن مشروع تنقيح القانون المدني نصاً على ذلك (م ١٧٣ مشروع نهائي) ، ولكن مجلس الشيوخ حذف هذا النص وقال في حذفه ان للقاضي أن يعدل في نصيب كل من المسؤولين في التعويض « حسب تقديره للظروف » ، والظاهر أنه اعتبر جسامة الخطأ داخلة في ضمن الظروف التي يجب أن يتخذها القاضي أساساً لتقديره •

٣ - التقادم : وفيما يتعلق بتقادم دعوى التعويض ، أتى التقنين الجديد بأحكام مبتدعة • فهو مع احتفاظه بالقاعدة الأصلية القاضية بتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق أى من يوم وقوع العمل غير المشروع ، خرج عليها بحكمين : أحدهما يقضى بتقصير هذه المدة والثانى باطالتها في بعض الأحوال ، فنص في المادة ١٧٣ فقرة أولى على أن « تسقط بالتقادم دعوى التعويض ... بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ، وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » ، أى أن دعوى التعويض تنتقادم في حالة علم المضرور بوقوع الفعل الضار وشخص المسؤول عنه بمضى مدة قدرها ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ ذلك العلم على ألا تتجاوز بأي حال

١٥ سنة من وقت وقوع ذلك الفعل — فالتقادم بثلاث سنوات يسرى لتقصير مدة التقادم الأصلى فى بعض الأحوال ، ولكنه لا يغير فى اطلالتها بأى حال .

أما الحكم الذى قصد به اطالة مدة تقادم التعويض ، سواء كانت تلك المدة ثلاث سنوات من تاريخ العلم المذكور أو ١٥ سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار ، فقد ورد فى المادة ١٧٣ فقرة ثانية التى تنص على أنه « اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » .

وظاهر أن المشرع قصد بذلك منع سقوط الدعوى المدنية قبل أن تسقط الدعوى الجنائية المتعلقة بذات الفعل ، ولو كانت مدة تقادم الدعوى المدنية قد انقضت ، لأنه لم يستسغ سقوط الدعوى المدنية الناشئة عن فعل لا تزال الاجراءات الجنائية بشأنه ممكنة ضد فاعله . ولكنه ، على النقيض من المشرع الفرنسى ، لم يمانع فى سقوط الدعوى الجنائية قبل سقوط الدعوى المدنية . فاذا سقطت الدعوى الجنائية قبل أن تنقضى مدة تقادم الدعوى المدنية ، فان القانون الفرنسى يقضى بسقوط هذه الدعوى الأخيرة تبعا للأولى بالرغم من عدم انقضاء مدة التقادم الخاصة بها ، أى أنه يجعل تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية تؤثر فى تقصير مدة التقادم الخاص بها لا فى اطلالتها . أما فى التقنين المصرى الجديد ، فان هذه التبعية لا أثر لها بأى حال فى تقصير مدة التقادم الخاصة بالدعوى المدنية ، بل يمكن أن تؤثر فى هذه المدة باطلتها الى أن تسقط الدعوى الجنائية فعلا ، مهما تعددت أسباب وقف مدة تقادم هذه الدعوى أو أسباب انقطاعها .

المسئولية المدنية في التقنين المدنى الجديد

(٢)

الاحكام الخاصة بالمسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الاشياء

بعد أن فرغ المشرع من تقرير القواعد العامة في المسئولية المدنية بمناسبة مسئولية الشخص عن فعله الخطأ (١٣)، خرج على بعض هذه القواعد في الحالات التى قرر فيها مسئولية الشخص عن عمل غيره أو مسئوليته عن الأشياء الموجودة فى حراسته ، وبخاصة فيما يتعلق بإثبات خطأ المسئول .

هذا التقنين الجديد حذو التقنين الملغى فى تقرير مسئولية الشخص عن عمل غيره فى حالتين هما حالة مسئولية الشخص عن هم فى رعايته (المادة ١٧٣) وحالة مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه (المادة ١٧٤) ولكنه استبدل بالنصوص المقتضبة الغامضة نصوصا مفصلة واضحة واختتم هذه النصوص بتقرير مبدأ رجوع المسئول عن غيره على ذلك الغير (المادة ١٧٥) .

١ — مسئولية الشخص عن هم فى رعايته — نصت المادة ١٧٣ فقرة أولى على أن « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . فقررت بذلك مسئولية الشخص عن أفعال من هم تحت رقابته

مسئولية مفترضة تقوم دون حاجة الى اثبات خطأ المسئول وخرجت بذلك على حكم القواعد العامة التي توجب على مدعى التعويض اثبات خطأ المدعى عليه .

وكان التقنين المغي أيضا يقرر هذا الاستثناء من القواعد العامة في المادة ١٥١ فقرة ثانية منه ولكن عبارته كانت سقيمة مضطربة اقتضت الفقه والقضاء جهدا طويلا لتحديد معناها ووضع الضوابط لها . أما التقنين الجديد فقد سجل نتيجة هذا الجهد المشكور في عبارة المادة ١٧٣ المتقدمة وقضى بذلك على كثير من الخلافات التي ثارت حول النص القديم والتي مازال بعضها محتدما في المحاكم الى الآن .

كانت المادة ١٥١ فقرة ثانية قديم تقابل المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى وقد نصت الأخيرة — الى جانب مسئولية السيد والمتبوع — على مسئولية بعض أشخاص معينين عن يعتبرون في رعايتهم ، ولكنها ذكرت هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر ووضعت قيودا لمسئولية كل منهم فنصت على مسئولية الأب والأم عن أولادهم القصر المقيمين معهم وعلى مسئولية المربي عن تلامذته ومسئولية معلم الحرفة عن صبيانهم . أما المادة ١٥١ فقرة ثانية مدنى قديم فقد نصت بوجه عام على الزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ للغير عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم ، ولم تبين الأشخاص الذين يسألون عن فعل الغير كما بينتهم المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى ولكن الفقه والقضاء في مصر لم يترددا في تقرير مسئولية الأشخاص الذين ذكرتهم المادة الفرنسية بالاستناد الى عموم نص المادة المصرية ، بل ذهب بعضهم الى أن هذا النص الأخير يتسع لجعل أشخاص آخرين غير من ذكروا في المادة الفرنسية مسئولين عن فعل من يكون في رعايتهم . كمسئولية الولى أو الوصى عن فعل القاصر ومسئولية الزوج عن فعل زوجته الخ . وخالفهم بعض آخر في ذلك بل ان الخلاف تناول أيضا مسئولية بعض من نصت عليهم المادة الفرنسية وبخاصة مسئولية

الأب عن فعل ولده والى أى حد تمتد هذه المسؤولية ، أيسأل الأب عن فعل ولده أيا كانت سن الولد ، أم تنتهى مسؤوليته ببلوغ الولد سن الرشد المالى (٢١ سنة) ، أو بزوال ولاية الأب على نفس ولده (أى ببلوغ الولد ١٥ سنة على الأكثر ؟) (أنظر فى ذلك سليمان مرقس فى تعليقات على الأحكام فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٦ ص ١٤٥ وما بعدها ، و س ١٣ ص ٣٣٥ وما بعدها ، و س ٧ ص ٨٨٤ وما بعدها وما تقدم فى ص ٣٦٢) •

لذلك تعين عند وضع التقنين الجديد ايجاد نص عام واضح لتحصم به الخلافات السابقة فنصت المادة ١٧٣ فقرة أولى بوجه عام على مسؤولية « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ... » ، وظاهر أن هذا النص قد بنى مسؤولية هؤلاء الأشخاص على اغتراض اخلاصهم بواجب الرقابة الواقع عليهم بمقتضى القانون أو الاتفاق ، فهو يخرج على القواعد العامة من حيث انه يفترض حصول هذا الاخلال أو الخطأ فلا يتطلب اثباته ، ولكنه لا يعفى مدعى التعويض من اثبات قيام واجب الرقابة فى ذمة المدعى عليه • فهو يجعل مناط هذه المسؤولية قيام واجب الرقابة ، ولا بد فى قيام هذا الواجب من أن يكون الشخص الذى ارتكب الفعل الضار فى حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية كأن يكون قاصرا أو بالغا معتوها أو مجنوناً أو بالغا عاقلا ولكنه أعمى أو مشلول الخ • وأن تناطرقابه بشخص آخر سواء كان ذلك بمقتضى القانون أو بموجب اتفاق •

وفيما يتعلق بالقاصر نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ على أنه « يعتبر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته ... » ومعنى ذلك أن القاصر دون الخامسة عشرة يعتبر قانونا فى حاجة الى الرقابة وأن واجب رقابته يقع على عاتق القائم على تربيته ، أى أنه يقع أولا على أبيه ، ثم من بعده على أمه أو جده أو عمه أو أخيه أيهم يكون قائما على تربيته ، أما اذا تجاوز الخامسة

عشرة فلا يعتبر في حاجة الى الرقابة ولا يسأل عنه غيره الا اذا ثبت أنه مازال في كنف القائم على تربيته • وليس المقصود بوجوده في كنف غيره أن يكون مقيما معه بل أن يكون خاضعا فعلا لرقابته ولو كان مقيما عند شخص آخر • فالأب أو من يقوم مقامه لا يجوز أن يقتصل من مسؤوليته عن القاصر الذي لم يبلغ الخامسة عشرة بادعائه أن هذا القاصر لم يكن في حاجة الى الرقابة ولكنه يجوز له ذلك متى بلغ القاصر خمس عشرة سنة الى أن يثبت مدعى التعويض أن القاصر كان رغم بلوغه الخامسة عشرة لا يزال فعلا في كنف القائم على تربيته ، ويسرى هذا الحكم ولو كان القاصر متزوجا فيسأل الأب عن أفعال ابنه القاصر المتزوج مادام لا يزال في كنفه •

غير أن واجب الرقابة قد ينتقل من الشخص المكلف به أصلا الى شخص آخر اذا وجد ما يبرر ذلك ، « فتنقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج » (المادة ١٧٣ فقرة ثانية) •

على أن واجب الرقابة ينقضى ومسئولية الأب أو من يقوم مقامه تنتهي متى بلغ القاصر رشده ولم تكن به عاهة عقلية أو جسمية تجعله في حاجة الى الرقابة ، أما اذا وجد به نسيء من ذلك اعتبر في حاجة الى الرقابة ووقعت مسؤولية أفعاله الضارة على من تقع عليه هذه الرقابة ، أبا كان أو وليا أو قريبا أو غير ذلك •

ويلاحظ في شأن ما تقدم أن المادة ١٧٣ قد فرضت هذه المسؤولية على « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ... » في حين أنه كثيرا ما يقع أن يكون مرتكب العمل غير المشروع خاضعا فعلا لرقابة غيره ، وأن يباشر ذلك الغير رقابته دون أن يكون ملزما بذلك قانونا أو اتفاقا ، فعلا يكفي ذلك لمساءلة من يباشر الرقابة ؟ أليس يعتبر توليه الرقابة فعلا التزاما منه بواجب الرقابة يجعله

مسئولا عن تولى رقابته كما اذا كفل شخص يتيما وتولى تربيته ؟ لذلك كنا اقترحنا أن تستبدل بعبارة « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص ٠٠٠ » عبارة « كل من تولى رقابة شخص ٠٠٠ » وقد أقرت ذلك لجنة مراجعة المشروع النهائي ولكن مجلس الشيوخ عدل عنه الى الصيغة الأولى .

ويلاحظ أيضا أن مسؤولية الشخص عن هم خاضعون لرقابته لا تعدو أن تكون مسؤولية شخصية مبنية على أساس الخطأ ، خطأ الإخلال بواجب الرقابة ، وغاية الأمر أن هذا الخطأ مفروض في جانب متولى الرقابة فرضا قابلا لاثبات العكس . ويترتب على ذلك نتيجتان : (أ) الأولى أن متولى الرقابة يسأل عن الضرر الذى أحدثه الشخص الخاضع لرقابته ولو كان هذا الشخص غير مميز (المادة ١٧٣ فقرة أولى) ، ذلك أن عدم تمييز مرتكب الفعل الضار اذا كان ينفى عن فعله صفة الخطأ فيما يتعلق بمسئوليته هو فانه لا ينفى حصول الإخلال بالرقابة من جانب متوليها ، بل ان عدم التمييز يجعل الحاجة الى الرقابة أشد ويقترب احتمال حصول الإخلال بها . ولكن ليس معنى ذلك أن متولى الرقابة يسأل عن كل فعل ضار يقع من عديم التمييز الخاضع لرقابته ولو كان هذا الفعل لا يستوجب مسؤولية فاعله اذا غرض أنه كان مميزا ، وانما يكون مسئولا فقط عن الفعل الذى كان يعتبر خطأ لو أنه وقع من شخص مميز ، دون نظر الى تمييز الشخص الخاضع لرقابته أو عدم تمييزه .

(ب) والنتيجة الثانية هي أن هذه المسؤولية المفترضة يجوز دفعها بنفى الإخلال في الرقابة أو بنفى علاقة السببية بين الضرر وذلك الإخلال المفترض ، وقد نصت المادة ١٧٣ فقرة ثالثة على أن يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية (انظر سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية ص ١١٨) .

٢ — مسئولية المتبوع — حلت المادة ١٧٤ مدنى جديد محل المادة ١٥٢ مدنى قديم فى النص على مسئولية المتبوع أو السيد ، فقالت فى فقرتها الأولى « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

وقد أريد بهذا النص مساهمة القضاء الى حد كبير فى التوسع الذى ذهب اليه فيما يتعلق بمسئولية السيد أو المتبوع . ومن المعلوم أن المحاكم — بالرغم من أن المادة ١٥٢ مدنى قديم كانت تقتصر مسئولية السيد على الأحوال التى تكون فيها أفعال تابعيه واقعة منهم فى حال تأدية وظائفهم — قد توسعت فى هذه المسئولية الى أقصى حدود التوسع بل تجاوزت فى ذلك ما بلغته المحاكم الفرنسية ذاتها ، اذ قررت « أن القانون لا يشترط لتحميل المخدم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكون هذا الفعل داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع أو أن يقع منه بصفته هذه ، بل يكتفى فى تقرير هذه المسئولية بأن يكون الفعل قد وقع من التابع أثناء تأدية للوظيفة أو أن تكون الوظيفة هى التى ساعدته على ارتكابه ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها ...

لأن المخدم يجب أن يسأل فى هذه الحالة الأخيرة على أساس اساءة الخدم الشئون التى عهد هو بها اليهم » (نقض ٢٢ أبريل ١٩٤٠ المحاماة ٢١ — ١٩ — ١٨) . وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا التوسع فى مسئولية السيد والمخدم باعتباره مخالفا لنص القانون وللأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية وأثبتنا أنه لا يكفى فى مسئولية السيد أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع الفرصة لارتكاب الفعل الضار ولو كان هذا الفعل لا اتصال له بالوظيفة ، وبينما أن المحاكم الفرنسية ذاتها لم تصل فى توسعها الى هذا الحد وأنها تشترط فى هذه الصورة أن تكون بين الوظيفة والفعل الضار رابطة سببية ، وتتشدد فى اثبات هذه الرابطة (انظر سليمان مرقس فى تعليقات على الأحكام فى مسئولية السيد عن فعل تابعه ، مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها وما تقدم فى ص ٣٩٣ وما بعدها) .

غير أن مشروع تنقيح القانون المدنى لم يعبأ بهذا النقد وآثر مساهمة

المحاكم المصرية في كل ما ذهبت اليه من توسع ، بالنص على مسئولية المتبوع » اذا كانت الوظيفة هي التي هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . (المادة ١٧٨ فقرة أولى من المشروع النهائي) ، ولكن مجلس الشيوخ هاله هذا التوسع في مسئولية المتبوع ، فحدد منه بعض الشيء واشترط في مسئولية المتبوع أن يكون فعل التابع واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (المادة ١٧٤ من التقنين الجديد) ، فعدل بذلك على قصده مخالفة قضاء المحاكم وعدم الاكتفاء بأن تكون وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة لارتكاب الفعل الضار اذا لم تكن بين الوظيفة وهذا الفعل رابطة سببية وثيقة . (قارن مع ذلك تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ) .

وقد خرج المشرع في هذه المسئولية على القواعد العامة باعفاء المضرور من اثبات خطأ المتبوع في رقابة تابعه . ويشترط في قيام هذه المسئولية المفترضة ثلاثة شروط :

١ — أن توجد رابطة تبعية بين مرتكب الفعل الضار والمدعى عليه بالمسئولية المدنية عن هذا الفعل .

٢ — أن يكون الفعل الضار خطأ منسوباً الى التابع .

٣ — وأن يكون هذا الخطأ واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

وقد حسم المشرع الخلاف حول ما يعتبر قوام رابطة تبعية أهو حق الاختيار أم حق العزل أم حق الرقابة والتوجيه (١٤) فنص في المادة ١٧٤ فقرة ثانية على أن « تقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه » .

(١٤) انظر في تفاصيل هذا الخلاف سليمان مرقس في مسئولية المتبوع ، مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ وما بعدها . راجع ما تقدم في ص ٣٩٠ وما بعدها .

أما الأساس الذى بنى عليه المشرع هذه المسئولية ، فليس من السهل تبينه ، أهو خطأ مفترض أم خطأ واقع أم نظرية تحمل التبعة ؟ فمن جهة يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع يعتبر هذه المسئولية مبنية على خطأ مفروض ، فقد ذكر ذلك فى أكثر من موضع من المذكرة الإيضاحية ، ثم أعيد ذكره فى لجنة مراجعة المشروع النهائى عندما سأل أحد الأعضاء عما اذا كان يشترط فى مسئولية المتبوع المفترضة أن يكون المتبوع مميزا فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز (١٥) غير أن تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفترض فى الرقابة كان يقتضى أولا قصر مسئولية المتبوع على ما يقع من التابع فى حال تأدية وظيفته اذ لا يمكن اعتبار المتبوع مخطئا فى عدم رقابة تابعه خارج حدود الوظيفة ، وثانيا السماح للمتبوع بدفع مسئوليته بنفى وقوع أى خطأ منه فى رقابة تابعه . وقد كان المشروع يتضمن مقرة تجيز للمتبوع ذلك فى مقابلة ما أخذ به من التوسع فى مسئولية المتبوع ، فلما ضيق مجلس الشيوخ فى حالات المسئولية حذف النص الذى كان يجيز دفع المسئولية بنفى الخطأ أو نفى السببية . فإزاء ذلك كيف يمكن التوفيق بين تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض من جهة وبين مدها الى خارج حدود الوظيفة وعدم السماح بدفعها بنفى الخطأ المفروض من جهة أخرى ؟

٣ — رجوع المسئول مدنيا على الفاعل الأسمى — الغالب فى حالات المسئولية عن فعل الغير أن تقع المسئولية عن الضرر الواحد على عاتق شخصين هما مرتكب الفعل الضار ومتبوع ذلك الفاعل أو متولى الرقابة عليه ، ويجوز للمضروب أن يستوفى التعويض كاملا من أيهما . فإذا استوفاه من مرتكب الفعل الضار وهو المدين الأسمى انتهى الأمر عند هذا الحد وبرأت ذمة المتبوع أو متولى الرقابة تبعا لذلك . ولكن اذا

(١٥) ويلاحظ أن ذلك مخالف لما قضت به الى الان محكمة النقض المصرية ، انظر نقض ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ القانون والاقتصاد ٧ — ٣ — ٢٦ . ونقض جنائى ٢٥ مايو ١٩٤٥ المحللة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ .

استوفاه من واحد من هؤلاء ، ألا يجوز للموفا أن يرجع بما وفاه كله أو بعضه على الفاعل باعتباره المتسبب الأصلي في حدوث الضرر ؟

يتوقف جواز الرجوع ومداه على الأساس الذي تبني عليه مسئولية المتبوع أو مقولى الرقابة . فان بنيت هذه المسئولية على أساس الخطأ المفروض كان للمسئول مدنيا حق الرجوع بكل ما وفاه على الفاعل باعتباره مدينا أصليا . وان بنيت على أساس الخطأ الواقع اعتبر كل من الطرفين مشتركا بخطئه في احداث الضرر وكان كل منهما ملتزما أصليا بنصيبه من التعويض وجاز لمن وفى الكل أن يرجع على الآخر بنصيبه فقط . وان بنيت على نظرية تحمل التبعة اعتبر المسئول مدنيا هو الملتزم الأصلي ولم يجز له أن يرجع بشئ على الفاعل . (أنظر في ذلك تعليقنا على حكم لمحكمة النقض في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٤٢ . يراجع فيما تقدم ص ٣٩٠ وما بعدها) .

وقد اعتبر التقنين الجديد المسئولية عن فعل الغير مبنية على خطأ مفروض ، ورتب على ذلك حق المسئول مدنيا في الرجوع على الفاعل الأصلي بكامل التعويض الا اذا كان الفاعل الأصلي غير مميز فينتفى الرجوع عليه تبعا لانتفاء مسئوليته ، أو اذا كان المسئول مدنيا قد ثبت وقوع خطأ منه أسهم مع خطأ الفاعل الأصلي في احداث الضرر فحينئذ لا يكون له الرجوع على الفاعل الأصلي الا بمقدار نصيبه من المسئولية (المادة ١٧٥ مدنى جديد) .

ثانيا - المسئولية الناشئة عن الأشياء :

نص التقنين الجديد على المسئولية الناشئة عن الأشياء في ثلاث حالات : (١) حالة حارس الحيوان (المادة ١٧٦) ، (٢) وحالة حارس البناء (المادة ١٧٧) ، (٣) وحالة حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (المادة ١٧٨) ، فخرج في هذه الحالات

الثلاث على حكم القواعد العامة من حيث انه أعفى مدعى التعويض من عبء اثبات خطأ المدعى عليه .

١ — مسئولية حارس الحيوان : نصت المادة ١٧٦ على أن حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . وقد أخذ هذا النص بما ذهب اليه القضاء في تطبيق المادة ١٥٣/٢١٥ من التقنين القديم ، فأبرز أن هذه المسئولية تقع على حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له ، دون حاجة الى اقامة الدليل على وقوع خطأ منه ، وأن العبرة فيها بالحراسة القانونية لا بالحراسة المادية لأنها تقع على من يملك الحراسة القانونية ولو ضل الحيوان أو تسرب منه ، وأن هذه المسئولية لا يجوز دفعها بمجرد نفى الخطأ في الحراسة بل لا بد في ذلك للحارس من اثبات أن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ أجنبي . (أنظر في ذلك مذكراتنا في الفعل الضار ١٩٤٨ ص ١٢٤) .

٢ — مسئولية حارس البناء : لم يكن في التقنين القديم نص خاص على مسئولية حارس البناء يخرج هذه المسئولية عن حكم القواعد العامة في حين أنه كان يوجد نص على ذلك في التقنين الفرنسي يقضى بمسئولية مالك المباني عن الأضرار الناشئة عن تدهمها اذا ثبت أن سببه يرجع الى عيب في تشييد المباني أو نقص في صيانتها (المادة ١٣٨٦) ، فاختلف الفقه والقضاء المصريان في هذا الشأن ، فغال فريق بتطبيق القواعد العامة في هذه الحالة لخلو القانون المصري من نص مقابل للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، ورأى آخرون امكان اعتبار مسئولية مالك البناء مفترضة بحكم القانون استنادا منهم الى أن المشرع المصرى انما نقل في ايجاز أحكام المواد ١٣٨٢ — ١٣٨٦ فرنسى ، وضمنها المواد ٢١٢/١٥١ وما بعدها ولم يقصد بهذا الايجاز أن يحيد عن الأحكام التى قررتها تلك المواد . (راجع هذا الخلاف في كتابنا في نظرية دفع المسئولية المدنية ص ٢٩ وما بعدها) .

غير أنه يلاحظ أن قرينة الخطأ التي أنشأتها المادة ١٣٨٦ فرنسي يشترط في قيامها أن يثبت الضرر أن تهدم البناء راجع الى عيب في تشييده أو نقص في صيانته ، وأن ذلك يجعل هذه القرينة القانونية ضئيلة الأهمية لأنه متى ثبت أن التدهم راجع الى عيب في التشييد أو نقص في الصيانة ، كان من السهل أن يستنبط من ذلك من طريق القرائن القضائية أن ملك البناء مخطيء في عدم تلافي هذا العيب أو النقص في الصيانة ، فيستغنى بذلك عن القرينة القانونية التي نصت عليها المادة ١٣٨٦ . وقد حدث فعلا أن المحاكم المصرية التي لم تر الأخذ بنص المادة ١٣٨٦ فرنسي أمكنها أن تصل الى ذات الحكم من طريق القرائن القضائية ، مع غارق واحد هو أنها جعلت هذه المسؤولية تقع على عاتق حارس البناء لا على عاتق مالكة ، فسمحت للمالك بدفع المسؤولية عن نفسه اذا أمكنه اسناد العيب الذي كان سبب التدهم الى شخص أجنبي عنه وقضت بأن هذه المسؤولية تنتقل من عاتق المالك الى عاتق من يكون هذا قد وضع البناء تحت رعايته كمنتفع أو مرتين أو مقاول الخ .

وقد أخذ التقنين الجديد بما ذهب اليه محاكمنا من حيث ربط المسؤولية عن تهدم البناء بحراسته لا بملكته ، ولكنه لم يكتف بالقرينة القانونية الهزيلة التي قررتها المادة ١٣٨٦ فرنسي والتي استطاعت محاكمنا أن تستمض منها بالقرائن القضائية ، فأنشأ قرينة قانونية على الخطأ تقوم على مجرد حراسة البناء ودون حاجة بالضرر الى اثبات عيب في تشييد البناء ، أو نقص في صيانته ، فنص في المادة ١٧٧ فقرة أولى على أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى إهمال في الصيانة أو تقدم في البناء أو عيب فيه » . وبناء على هذا النص لا يكون على الضرر الا أن يثبت أن الضرر أصابه بسبب انهدام البناء ، فيفرض أن الانهدام راجع الى إهمال في الصيانة أو تقدم في البناء أو عيب فيه وينسب هذا السبب الى الحارس الحالي للبناء ، ولكن يجوز لهذا الحارس أن يدفع مسئوليته

باقامة الدليل على أن الانهدام ليس راجعا الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه ، أو بأن يثبت أن العيب الذى سبب الانهدام يرجع الى حارس آخر للبناء سابق عليه .

وقد رأى المشرع فوق ذلك أن المصلحة تقتضى عدم انتظار انهدام البناء لتوقيع الجزاء على حارسه وتعويض الأضرار التى تنشأ بسبب ذلك ، فحول الجيران حق توقى الانهدام قبل حصوله ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على أنه « يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لصدور الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

٣ - مسئولية حارس الآلات الميكانيكية وغيرها : لم يكن في التقنين القديم نص على المسئولية الناشئة عن الأشياء فيما عدا النص الخاص بالمسئولية عن فعل الحيوان ، فكان لابد من تطبيق القواعد العامة في هذا النوع من المسئولية وهى توجب على المضرور اثبات خطأ الفاعل .

غير أن المحاكم شعرت بثقل عبء هذا الإثبات على المصاب وجهدت نفسها في تخفيفه عنه وتوسلت في ذلك بشتى الوسائل حتى ذهب بعضها الى اعتبار حارس الشئ مسئولا عن الضرر الذى ينشأ عنه مسئولية مفترضة ، ولكن محكمة النقض رأت أن القول بذلك يعوز السند القانونى فرفضت الأخذ به ولو أنه لم يسعها الا أن تتادى بوجوب تدخل المشرع لوضع النص الذى يقرر هذه المسئولية المفترضة (نقض ١٥ نوفمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ - ١ - ١٥٥ - ٧٨) .

وقد لبى المشرع هذا النداء ، فنص في المادة ١٧٨ مدنى جديد على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم

يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم
الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع أنشأ نوعاً من المسؤولية المفترضة
عن الأضرار التي تنشأ من بعض الأشياء دون غيرها ، تلك هي أولاً
الآلات الميكانيكية بجميع أنواعها إذ يفرض فيها أن حراستها تتطلب
عناية خاصة ، وثانياً الأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة ،
فإذا نشأ عن أحد هذه الأشياء ضرر كان متولى حراسة هذا الشيء
مسئولاً عنه مسؤولية مقررّة ابتداء لا يجوز له دفعها إلا إذا أثبت أن
وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، دون اخلال بالحالات التي
ينص فيها القانون على أن حارس الشيء أو مالكه يسأل حتى عن
الأضرار التي تنشأ منه بقوة قاهرة كما في قانون اصابات العمل .

ولا تقع هذه المسؤولية إلا على حارس الشيء . غير أن تعريف
الحارس قد أثار صعوبات في القانون الفرنسي ، ففرقت الشراح والمحاكم
أول الأمر بين الحراسة القانونية وبين الحراسة المادية وربّبت المسؤولية
المفترضة على الأولى دون الثانية ، فاعتبرت المسئول من يكون له
السيطرة على الشيء ولو لم يكن الشيء في حيازته المادية ، ولأن هذا
المذهب كان يؤدي مثلاً الى اعتبار صاحب السيارة المسروقة مسئولاً عن
الأضرار التي تنشأ عن السيارة تحت قيادة سارقها ، عدلت الدوائر
المجموعة لمحكمة النقض في ٢ ديسمبر ١٩٤١ عن هذه التفرقة ، وعرفت
الحارس بأنه من يستعمل الشيء ويتولى ادارته بصرف النظر عما إذا
كان يملك الحق في ذلك أو لا يملكه .

ويلاحظ على الحكم الذي تضمنته المادة ١٧٨ مدني جديد أنه لم
يعمم المسؤولية المفترضة عن الأشياء بل قصد أن يقف بها الآن في
منتصف الطريق مراعيًا في ذلك ما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة
الراهنة من حياتها الاقتصادية . غير أن الضابط الذي وضعه هذا
الحكم لتقييد المسؤولية الناشئة عن الأشياء ضابط مرّن غير محدود

يمكن أن يضيق حتى يقصر عن العناية المنشودة ويمكن أن يتسع حتى يشمل جميع الأشياء باعتبار أن مجرد حدوث الضرر من شيء يحمل في ذاته الدليل على أن هذا الحادث كانت حراسته تتطلب، عناية خاصة .
والغالب أن المحاكم ستتجه هذا الاتجاه الأخير في تطبيق هذا النص ان عاجلا أو آجلا ، وعساها أن تتدرج في ذلك تدرجا يتمشى مع تطور حالة البلد الاقتصادية ، فتحقق بذلك غاية المشرع القصوى .

يخلص مما تقدم أن التقنين الجديد احتفظ بالخطأ أساسا للمسؤولية بصفة عامة وأن الحالات التي قرر فيها المسؤولية المفترضة لم يخرج بها على هذا الأساس ، وانما كان خروجه فيها على قواعد الإثبات فقط ، فلا تزال المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء في التقنين الجديد مبنية على أساس الخطأ الشخصى ، سواء أكان ذلك الخطأ اخلالا بواجب رقابة الغير أم كان تقصيرا في واجب حراسة الأشياء التي تجب حراستها . وغاية الأمر أن المصاب معنى من اثبات هذا الخطأ ، وأن من تقع عليه هذه المسؤولية المفترضة يملك دفعها بالوسائل التي قررها القانون .

في نظرية دفع المسؤولية المدنية (١٦)

من أهم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها جميع الشرائع ، المبدأ القاضي بأن كل فعل يسبب ضرراً للغير يلزم فاعله بتعويض ذلك الضرر ، وهو منصوص عليه في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من التقنين المدني الفرنسي وفي المادة ٢١٢/١٥١ من التقنين المدني المصري الملغى (وفي المادة ١٦٣ من التقنين المدني القائم) . وتوجب هذه النصوص على المضرور أن يثبت الضرر الذي أصابه وخطأ الفاعل وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر . هذه هي الأركان الثلاثة التي تقوم عليها المسؤولية المدنية وما يترتب عليها من التزام بالتعويض . فإذا لم يستطع المضرور أن يثبت بهذا العبء من الإثبات ، سواء لأن المدعى عليه لم يرتكب خطأ ما أو لأن الضرر قد حدث بسبب أجنبي عن المدعى عليه أو لأن سبب الضرر بقي مجهولاً ، رفضت دعواه المتعلقة بطلب التعويض . وكان كثيراً ما يقع ذلك ، ونادراً ما يتمكن المضرور من النهوض بعبء الإثبات الواقع على عاتقه ومن الحصول على تعويض الضرر الذي أصابه .

لذلك عمد المشرع إلى التخفيف عن المضرور بعض الشيء بأعفائه من بعض عبء الإثبات الواقع عليه . ومن هذا القبيل ما شرعه في شأن المسؤولية العقدية حيث اكتفى من الدائن بأن يثبت عدم وفاء مدينه بالالتزام الناشئ من العقد والضرر الذي أصابه بسبب ذلك حتى يحكم له بالتعويض عن ذلك الضرر . وكذلك فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الذي يكون في رعاية المدعى عليه أو عن فعل الحيوان أو

(١٦) ترجمة مقال نشر باللغة الفرنسية في مجلة L' Egypte Judiciaire

السنة الخامسة العدد رقم ١٥٨ بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٣٦ وهو عبارة عن تلخيص واف لرسالة الدكتوراه المقدمة منا لجامعة القاهرة في سنة ١٩٣٦ ، وبإليه تقديم الرسالة بقلم الأستاذ ليون مازو أحد مؤلفي المبسوط في المسؤولية المدنية الذي أعيد طبعه مراراً عديدة بباريس .

البناء الذى يكون فى حراسته • غفى جميع هذه الأحوال الأخيرة ، جعل
المشرع أشخاصا معينين مسئولين عن بعض الأضرار دون أن يتطلب من
المضرور اثبات خطأ وقع منهم •

وفى نظر الشراح الأوائل للتقنين المدنى الفرنسى كان اعفاء المضرور
من عبء اثبات خطأ من يوجه اليه المطالبة بالتعويض يجد تبريره فى أن
للمدعى عليه بالتعويض مكتنة دفع مسئوليته باثبات انه لم يرتكب خطأ ،
وكانوا يرون أن الأمر لا يعدو قلب عبء الاثبات وانه كان من شأنه أن
يدع على عاتق المضرور كافة الأضرار التى تصيبه بسبب فعل من المدعى
عليه لا خطأ فيه أو بسبب أجنبى عن هذا الأخير لا يد له فيه ، أو بسبب
ظل مجهولا ولم يمكن تعيينه •

غير أن دائرة المسئولية ، سواء أكانت تعاقدية أم تقصيرية قد
اتسعت منذ نهاية القرن الماضى اتساعا كبيرا كان الدافع اليه الرغبة
الشديدة فى مساعدة المضرور لتسهيل حصوله على تعويض الضرر الذى
لحقه من طريق تخفيف عبء الاثبات عنه •

ويرجع التوسع فى دائرة المسئولية التعاقدية الى أن قواعدها أخف
وطأة على المدعى ، اذ هى تعفيه من أن يثبت أن سبب عدم وفاء المدين
بالتزامه خطأ من جانبه ، ولذلك اتهمت الجهود أولا نحو توسيع دائرة
هذه المسئولية وتطبيق قواعدها على حوادث العمل ثم على حوادث نقل
الركاب ، فعلى الحوادث التى تقع فى أثناء التعليم أو التمرين أو فى
خلال مزاولة بعض الألعاب • وكانت كل هذه الحوادث قبل ذلك مما
تطبق عليه قواعد المسئولية التقصيرية • فأدت الرغبة فى مساعدة
المضرورين فيها — حيث توجد رابطة عقدية بين أحد منهم وآخر — الى
توسيع مضمون العقد واعتباره متضمنا التزاما فى ذمة أحد عاقديه بضمان
سلامة العاقد الآخر Obligation de sécurité طوال مدة تنفيذ العقد
والى حين انقضائه •

أما التوسع في المسؤولية التقصيرية فلم يجيء عن طريق ادخال حالات جديدة في دائرتها ولم تكن داخلة فيها من قبل ، كما وقع ذلك بالنسبة الى المسؤولية العقدية ، بل جاء من طريق تسهيل الاثبات في أكثر الحالات التي كانت تطبق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية ، فسانه بتطبيق تلك القواعد كان يتعذر على المدعى أن يقيم الدليل على مسؤولية المدعى عليه ، وكثيرا ما كان يستحيل عليه ذلك ، فيخلص المدعى عليه من كل مسؤولية عقدية أو تقصيرية ، لذلك رأى مساعدة طالب التعويض باعفائه من اثبات خطأ خصمه في بعض الأحوال وتم ذلك من طريق الأخذ بنظرية المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء التي أقامها القضاء الفرنسى على أساس نص ورد في المادة ١٣٨٤ / ١ مدنى فرنسى ولم يقصد به عند وضعه إلا أن يكون تمهيدا لسائر فقرات المادة ١٣٨٤ ولحكمى المادتين ١٣٨٥ و ١٣٨٦ مدنى فرنسى •

تمت جميع هذه التوسعات في المسؤولية المدنية في القانون الفرنسى تدريجيا حتى بلغت الذروة فى الرسم الثانى من القرن الحالى • وقد أخذت المحاكم المصرية تسير فى هذا الاتجاه ذاته ، ووصلت بعض أحكامها الى اقرار أحدث المبادئ التي قررتها المحاكم الفرنسية فى هذا الشأن • وفى رأى أنه من الأنسب أن يتدخل المشرع المصرى باصدار تشريعات خاصة يسهل بها حصول المضرورين على تعويض الأضرار التي تصيبهم فى مجالات محددة ، فبيدا مثلاً بتشريع ينظم التعويض عن حوادث السيارات ، ثم بتشريع آخر يقرر التعويض عن حوادث العمل وهلم جرا كلما دعت الحاجة الى اصدار تشريع خاص بنوع معين من الحوادث •

ومهما يكن الأمر ، فإن هذه التوسعات فى المسؤولية وما وإكبتها من اعفاء للمدعى من عبء اثبات الخطأ الذى وقع من المدعى عليه ، أدت الى انتقال عبء الاثبات من جانب المدعى الى جانب المدعى عليه وبدلا من أن ينصب عبء الاثبات على الخطأ وأركان المسؤولية ، أصبح يتجه الى

وسائل الدفاع وأسباب دفع المسؤولية وصارت المرافعة تتناول هذه الأسباب أكثر مما تتناول أركان المسؤولية .

ولو وقف الأمر عند حد دفع المسؤولية بنفى الخطأ ، اذن لأمكن اعتبار التوسع المذكور لا يعدو أن يكون قلبا لعبء الإثبات ، وليدت مكنة الإعفاء المطلق من المسؤولية كرد فعل للأخذ بالمسؤولية المقررة ابتداء ، ولكن الأمر لم يقف عند هذا الحد .

فقد ظهر في خط مواز للتوسع في المسؤولية المقررة ابتداء ، اتجاه الى التضييق المتزايد في اسباب دفع المسؤولية والى التشدد في اثبات هذه الأسباب ، حتى جاز التساؤل في الوقت الحاضر عما اذا كان التوازن بين كفتى الفاعل والمضرور لم يخل لصالح هذا الأخير .

ولما كانت العدالة الصحيحة هي التي تحفظ التوازن بين كفتى الميزان في غاية من الدقة بحيث لا ترجح احدهما الأخرى وجب المحافظة على التوازن بين كفة المسؤولية (وأساسها الخطأ فيما عدا الأحوال التي استثنائها القانون) — وكفة انتفاء المسؤولية (التي من مقتضاها حماية من لم يتسبب بخطئه في احداث الضرر) ، فكما أن رجحان كفة المسؤولية يكون مخالفا للعدالة ، كذلك يكون رجحان كفة عدم المسؤولية .

وقد حدانى ذلك الى محاولة دراسة كيفية دفع المسؤولية كرد فعل للتوسع الهائل في اقامة المسؤولية المقررة ابتداء فتساءلت أولا عن الطريقة التي يجوز بها للشخص المفترضة مسؤوليته أن يدفع بها هذه المسؤولية ، فاذا أبيع له أن يخلص من المسؤولية بمجرد نفي الخطأ عن نفسه ، فان من شأن ذلك أن يترك على عاتق المضرور ليس فقط تبعة الأضرار الراجعة الى سبب أجنبى عن المدعى عليه بل أيضا تبعة الأضرار التي بقى سببها مجهولا (أى لا هو راجع الى خطأ الفاعل ولا الى سبب أجنبى عنه) . ولما كانت الأضرار التي تتدخل في هذه الفئة الأخيرة هي من الناحية العملية تكون الأغلبية الكبرى ، فان الحماية التي

بدت الرغبة في اسباغها على المضرورين تكون في واقع الأمر ضئيلة الأثر . لذلك بدا أن المضرور لا يمكن عملا أن يفيد من هذه الحماية الا اذا أُلقيت تبعه الأضرار التي يبقى سببها مجهولا على عاتق الشخص المفترضة مسؤوليته ، وذلك برفض دفع مسؤولية هذا الأخير بمجرد نفي الخطأ عن نفسه وبمصر دفع مسؤوليته على الحالة التي يثبت فيها أن الضرر راجع الى سبب أجنبي عنه .

وقد أصبح ذلك أمرا مسلما ، سواء في مجال المسؤولية العقدية أو في مجال المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء الحية أو الجامدة . واذا كانت ترد على هذه القاعدة بعض استثناءات في حالات معينة ، فانها لا تنفي أن القاعدة المسلمة هي أنه في الظروف العادية لا يقبل ممن يريد دفع مسؤوليته الا اقامته الدليل على أن الضرر المطلوب منه تعويضه يرجع الى سبب أجنبي عنه .

ولم تستقر هذه القاعدة الا بعد خلافات كثيرة اضطرت الى عرضها ومناقشتها وتصفيتها . والواقع أن هذه القاعدة مستنبطة من نص المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى ومن تطبيق القواعد العامة الأخرى متى سلم بأن مجرد عدم الوفاء بالتزام عقدى أو بالتزام حراسة شئ يتطلب حراسة خاصة يكون في ذاته خطأ ثابتا يكفى لاقامة مسؤولية المخل بهذا الالتزام ولا يسمح له بدفع مسؤوليته بمجرد نفي الخطأ عن نفسه (مادام مسلما بأن مجرد عدم وفائه بالتزامه يعتبر خطأ ثابتا في حقه) ، فلا يبقى لتخليص الدين من مسؤوليته الا أن يثبت أن عدم وفائه بالتزامه — الذى يعتبر خطأ ثابتا في حقه راجع هو ذاته الى سبب لايسأل هو عنه بحيث يعتبر ما وقع منه من عدم وفاء ليس هو السبب الحقيقى للضرر المطلوب منه تعويضه .

فتعين على اذن البحث فيما يعتبر سببا أجنبيا ، فوجدت رأيا أول يتوسع كثيرا فيما يعتبر سببا أجنبيا الى حد أن يجعله يشمل تقريبا جميع

الحالات التى ينتفى فيها خطأ المدين ، وكانت هذه النتيجة وحدها كافية لاستبعاد هذا الرأى .

وكان هناك رأى آخر يسرف فى التصديق فيما يعتبر سببا أجنبيا ويستند الى نص المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى الذى لم يذكر سوى الحادث الفجائى والقوة القاهرة كأسباب لدفع المسؤولية . وكان مفاد هذا الرأى أن القوة القاهرة والحادث الفجائى هما السببان الأجنبيان الوحيدان ، أى اللذان يمكن أن تدفع بهما المسؤولية المقررة ابتداء على عاتق شخص معين .

غير أنه ليس من الصعب تبين أسباب أجنبية أخرى ورد ذكرها فى نصوص غير ماتقدم جعل لها المشرع قوة دفع المسؤولية المقررة فى حالات أخرى ، كحيب الشيء محل عقد النقل وفعل الشاحن وأثرهما فى مسؤولية أمين النقل وسريان الحريق الى العين المؤجرة من عين مجاورة لها ، بالإضافة الى ما هو مسلم من أن خطأ المضرور يعتبر سببا تدفع به مسؤولية الشخص المقررة مسؤوليته ابتداء ، وهكذا يبين أنه ليس صحيحا أن السبب الأجنبى الذى تدفع به المسؤولية لا يشمل غير القوة القاهرة والحادث الفجائى بل الصحيح أن هذين الأمرين لا يستغرقان كل الأسباب الأجنبية ، وان ازدياد دائرة المسؤولية المدنية يجب أن يواكبه التوسع فيما يعتبر سببا أجنبيا تدفع به هذه المسؤولية (١٧) .

وقد حملنى ذلك الى الرجوع الى الأعمال التحضيرية لقانون نابليون بحثا عن حقيقة المعنى المقصود بعبارات المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ مدنى فرنسى وعن الصلة القائمة بين نصوص هاتين المادتين .

(١٧) وظهر فى الفقه الفرنسى أخيرا اتجاه مضاد لما رايناه فى هذا المقال منذ ٥٤ عاما ، انظر فى ذلك : Muzuaghi (A.S.)
Le déclin des causes légales d'exomération de l'ordre public
nouveau, Paris, 1981.

واتضح لى أن عبارتى الحادث الفجائى والقوة القاهرة استعملت بمعنيين مختلفين على التوالى ، فاستعملها أولا بيجو برامنيه Bigot de Préamneu بمعنى واسع يجعلها مرادفة لعبارة السبب الأجنبى الذى لا يد فيه للمدين ، ثم استعملت بعد ذلك بناء على ملاحظة من رينيو Regnaud فى معنى أضيق للدلالة على أحد أنواع السبب الأجنبى الأكثر وقوعا فى العمل والذى لم يقم بشأنه أى خلاف • فالحقاعدة مقرررة اذن فى المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى وهى تقضى بدفع المسؤولية بالسبب الأجنبى • وما ورد فى المادة ١١٤٨ مدنى فرنسى يعتبر ايرادا لبعض أنواع السبب الأجنبى على سبيل المثال ، وقد أجمع الفقه والقضاء على أن ما ورد فى المادة ١١٤٨ من أسباب أجنبية يمكن أن تضاف اليه أسباب أخرى كعيب الشيء وفعل الراسل أو المرسل اليه أو فعل الدائن أيا كان أو فعل المضرور ، أو فعل شخص أجنبى ، على خلاف فى الرأى فى شأن بعض هذه الأسباب •

غير أن ما يعتبر سببا أجنبيا يجب فى جميع الأحوال أن يتوافر فيه الشرطان التاليان :

(١) أن تنشأ عنه استحالة الوفاء بالتعهد العقدى أو بالواجب القانونى •

(٢) وأن يكون من حيث منشؤه أجنبيا عن المدعى عليه ولا شأن له فيه •

ومتى توافر هذان الشرطان فى أى حادث ، اعتبر الضرر راجعا الى سبب أجنبى ، لا الى خطأ المدعى عليه ، ووجب اسقاط المسؤولية المفترضة ، ما لم تكن هذه المسؤولية من النوع الذى لا يسقط بكل سبب أجنبى •

وقد أتاح لى تطبيق هذين الشرطين على كل الحوادث التى تدخل فيما يعتبر سببا أجنبيا أن أحدد الأوصاف التى يجب أن تتوافر فى كل

منها لاعتباره سببا أجنبيا بكل معنى الكلمة يترتب عليه امكان دفع المسؤولية به .

غفيما يتعلق بالحادث الفجائي والقوة القاهرة اقتضى الأمر عرض الخلاف في شأن اعتبار كل منهما سببا أجنبيا متميزا عن الآخر واعتبار العبارتين مترادفتين تعبران عن مدلول واحد ، وانتهيت من بحثي الى اعتماد هذا الرأي الأخير استنادا الى السوابق في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ، والى الأعمال التحضيرية لمجموعة القوانين المدنية الفرنسية ، والى ذات نصوص المجموعتين الفرنسية والمصرية والى أقوال الأولين من شراح المجموعة الفرنسية .

وأثبت أن التفرقة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة لم يقل بها بعض الشراح الا في أواخر القرن الماضي ، وقسمت القائلين بها الى فريقين : فريق يسمى قوة قاهرة الحادث الذي تغلب فيه صفة انتفاء مقاومته ويعتبر حادثا فجائيا ما تغلب فيه صفة المفاجأة ، ولكنه لا يفرق بين النوعين من حيث ما يترتب عليهما من أثر في دفع المسؤولية . أما الفريق الثاني ، فيقتصر هذا الأثر على القوة القاهرة وحدها دون الحادث الفجائي ، ويدخل في باب القوة القاهرة الحوادث الخارجة عن العمل أو عن الشيء الذي ينشأ عنه الضرر . ويعتبر الحوادث الداخلة في دائرة العمل أو المتصلة بالشيء الذي أحدث الضرر حوادث فجائية ، وهي تشمل الحوادث المجهولة السبب .

وقد بينت أن هذه التفرقة لا سند لها في نصوص القانون ، وفوق ذلك حلت غيصل التفرقة ذاته ، وأثبت عدم صلاحيته وأشرت الى أن المحاكم ثبتت على نظرية وحدة الحادث الفجائي والقوة القاهرة ، ولم تتأثر بالنظريات الحديثة ، رغم ما بدت فيه هذه النظريات من مظهر خلاب وما أبداه أنصارها من براعة فائقة في طريقة عرضها .

وعلى ذلك يعتبر الحادث الفجائي والقوة القاهرة شيئا واحدا ،

ويشترط فيه أن تكون مقاومة نتائجه المادية مستحيلة ، وأن ينتفى توقعه وتلافى حصوله •

أما من حيث نتائج المادية ، فيجب أن تنشأ عن الحادث استحالة الوفاء بالتعهد استحالة تامة ، أى أن يكون العائق الذى يصطدم به المدين مما لا يمكن التغلب عليه بأى حال ، فلا يكفى أن يصبح الوفاء بسبب ذلك صعبا أو مرهقا • وتقدر استحالة الوفاء بالمعيار الموضوعى ، لا بالمعيار الشخصى ، أى باعتبار مقدرة أى شخص عادى اذا وجد فى مكان المدعى عليه وفى مثل ظروفه الخارجية •

ويجب من حيث منشأ الحادث وأصله ، أن يكون خارجا عن ارادة المدعى عليه ، وألا يمكن اسناده اليه بأى حال ، وهو لا يعتبر كذلك متى كان من صنعه شخصيا أو من صنع الأشياء أو الأشخاص الذين عليه ضمانهم ، أو كان قد نشأ عن خطأ المدعى عليه أو خطأ من هم تحت رعايته أو كان فى وسع المدعى عليه توقعه وتلافيه ، فقصّر فى ذلك •

على أنه لا يكفى لاسناد الحادث الى المدعى عليه أن يكون فى إمكانه توقعه ، بل لابد أيضا أن يكون توقع الحادث واجبا عليه ، لأن المرء غير مطالب بكل ما فى وسعه ، ولا يسأل عن استعمال حقه فى عدم اتخاذ تدابير معينة لتفادى وقوع الحادث ، لأنه اذا كان صحيحا أن المرء لا يلزم بالمستحيل فانه لا يقل عن ذلك صحة أنه لا يطالب بكل ما هو ممكن — اذا لم يكن ملزما به ، فيجب لكى يمكن اسناد الحادث الى المدعى عليه ، أن يكون هذا الأخير فى الأصل ملزما بتوقع الحادث وملزما أيضا بتفادى حصوله •

على أن المدعى عليه حتى لو لم يكن ملزما بتوقع حصول الحادث بل حتى لو لم يكن فى وسعه توقعه ، فان الحادث يمكن اسناده اليه لمجرد أنه لم يعمل على منع وقوعه اذا ثبت أن ذلك كان فى استطاعته رغم عدم توقعه اياه ، اذ لا يكفى لاعتبار الحادث أجنبيا عن المدعى عليه أن

يكون هذا الأخير غير ملزم بتوقع الحادث ولا أن يكون الحادث غير ممكن توقعه ، بل يجب أن يكون الحادث غير ممكن تفادى وقوعه أو غير ممكن درء آثاره

Inévitable quant à sa survenance et irrésistible quant à ses conséquences.

وفيما يتعلق بالاثبات ، الأصل أن مدعى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مكلف اثبات الوقائع المادية التي يدعيها ، وإقامة الدليل على تواثر الصفات القانونية التي تكفى لاعتبارها حادثا فجائيا أو قوة القاهرة . غير أنه مسلم من الوجهة العملية بأن بعض الحوادث تثبت له صفة القوة القاهرة الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، وبأن البعض الآخر ، وهو الذى يحتل أن يكون حادثا فجائيا أو يكون ناشئا عن خطأ أو إهمال ، لا تثبت له صفة القوة القاهرة الا بإقامة الدليل على إقامة الركنين المكونين لها .

ومتى ثبت أن الضرر حاصل بقوة القاهرة ، وجب إخلاء المدعى عليه من المسؤولية . غير أن بعض الشراح يرى أن حصول الضرر بقوة القاهرة لا يمنع أن يكون المدعى عليه قد اشترك في إحداثه بخطأ منه ، ويشترطون لإعفاء المدعى عليه من المسؤولية أن يثبت أن القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر ، وذلك بإقامة الدليل على انتفاء السببية من جهة المدعى عليه الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، وإنى أرى بالعكس من ذلك أن مجرد اثبات القوة القاهرة يحمل في ذاته قرينة على انتفاء السببية ويكفى لهدم المسؤولية المفترضة وإعفاء المدعى عليه من هذه المسؤولية .

وقد نص القانون فيما عدا الحادث الفجائي والقوة القاهرة على إعفاء أمين النقل من مسؤوليته عن الأضرار الناتجة من وجود عيب في كيان الشيء الذى تعهد بنقله ، وقاست المحاكم على ذلك خطأ مرسل البضاعة وخطأ المرسل اليه ، ثم عممت هذا القياس وطبقته على الخطأ

الذى يقع من أى دائن ، وأخيرا نقلته الى دائرة المسؤولية التقصيرية وساوت بين خطأ المصاب وخطأ الدائن •

أما عن فعل الدائن ، فانه قد يكون خطأ ، وربما لا يكون فيه خطأ • ويعتبر خطأ الدائن سببا أجنبيا عن المدين يتضمن فى ذاته صفة انتفاء الاسناد • أما فعل الدائن الذى لا خطأ فيه ، فيشبه الحادث الفجائى ، ويشترط فيه لذلك ما يشترط فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة من ضرورة انتفاء توقعه وتلافيه •

وسواء أكان فعل الدائن خطأ أم غير خطأ ، فيشترط لاعتباره سببا أجنبيا أن تنشأ عنه استحالة الوفاء بالتعهد استحالة تامة ، ويختلف فى هذا الشأن الأثر المادى الذى يترتب على فعل الدائن اختلافا كبيرا • فانه قد يسبب استحالة الوفاء استحالة نهائية ، وربما لا تنشأ عنه الا استحالة مؤقتة بالنسبة للأجل المعين والشكل المتفق عليه ، كما أنه قد يقتصر أثره على جعل وفاء المدين بالتزامه أكثر صعوبة وأشد ارهاقا •

فهى الحالة الأولى يترتب على خطأ الدائن اعفاء المدين نهائيا ، وفى الحالة الثانية لا يعفى المدين الا من مسؤوليته عن نتيجة التأخير فى تنفيذ ما تعهد به ، وفى كلتا الحالتين يكون لخطأ الدائن من الأثر ما للقوة القاهرة • أما فى الحالة الثالثة فيترتب عليه اعفاء المدين من زيادة التكاليف الحادثة بخطأ الدائن •

ويعتبر اعدار الدائن مثل خطئه ، فيعمد سببا أجنبيا عن المدين كافي لاعفائه من مسؤوليته عن نتيجة تأخير الوفاء بالتعهد ، ولكنه لا يعفيه من التعهد نفسه •

وكذلك فعل المصاب يجب أن يتوافر فيه ركنا السبب الأجنبى ، فيشترط أن ينتفى اسناده الى المدعى عليه وأن يكون الضرر ناشئا عنه •

ويعتبر فعل المصاب مسندا الى المدعى عليه ، وليس أجنبيا عنه ،

إذا حصل بتحريض منه ، أو من بعض من هم في رعايته ، أو إذا كان نتيجة لفعله المقصود أو غير المقصود ، أو كان يجب عليه توقعه ، أو كان في وسعه أن يتحاشى نتائجه الضارة فأمسك عن ذلك .

والأصل أن المرء يجب عليه توقع جميع الأعمال العادية ، أما الأعمال الشاذة ، فلا يكلف توقعها . وعلى ذلك يكون خطأ المصاب غير واجب على الفاعل توقعه ، ويعتبر في ذاته سببا أجنيا عن المدعى عليه . أما فعل المصاب الذي لا خطأ فيه ، فيجب على الفاعل توقعه ، وهو لذلك لا يعتبر سببا أجنيا إلا إذا ثبت انتفاء توقعه وانتفاء تحاشي نتائجه الضارة .

ويعتبر المصاب مخطئا إذا كان قد قصر فيما يجب عليه من الحيطة والتبصر ، أو لم يبذل كل ما في وسعه لتلافي حصول الضرر ، بعد أن شعر بقرب وقوعه ، أو قصد أن يصيبه ضرر من فعل غيره أو عرض نفسه للخطر . ويعد رضا المجنى عليه بالحاق الأذى بنفسه مثل خطئه إن كان رضاه غير مشروع . أما إن كان مشروعا فلا خطأ فيه وكذلك من ألحق بغيره ضررا بناء على رضاه ، يعتبر مخطئا إن كان رضا المصاب غير مشروع ، والا فلا خطأ عليه .

وإذا كان فعل المصاب لا خطأ فيه ، لم يجز الدفع به إلا في حالات المسؤولية المفترضة ، كالحال بالنسبة للحادث الفجائي والقوة القاهرة . أما خطأ المصاب فيجوز الدفع به في تلك الحالات وفي غيرها . فإذا اشترك في أحداث الضرر خطأ المصاب وخطأ الفاعل ، وجب توزيع المسؤولية بينهما مناصفة فيما نرى ، أو بنسبة خطأ كل منهما طبقا لما جرت عليه المحاكم .

أما إذا كانت مسؤولية المدعى عليه مفترضة افتراضا ، وجب اعفاؤه منها بمجرد اثباته أن الضرر وقع بخطأ المصاب . وقد رأى فريق من الشراح أنه يجب لدفع المسؤولية بخطأ المصاب أن يثبت المدعى عليه

أيضا انتفاء السببية بين خطئه وما لحق المصاب من ضرر • ولكننا نعتبر ثبوت خطأ المصاب كافيا في ذاته لاسقاط المسؤولية المقررة بحكم القانون واقتراض انتفاء السببية من جهة المدعى عليه • وبناء على ذلك يجب اعفاء المدعى عليه اعفاء تاما مادام لم يثبت وقوع أى خطأ منه ، ذلك أن قرينة المسؤولية غير قابلة للتجزئة ، فهي إما أن تبقى كاملة ، وإما أن تسقط كلها • ولا سبيل الى توزيع المسؤولية بين القاعل والمصاب المخطئ الا اذا ثبت وقوع خطأ من أولهما •

وإذا كان المصاب أيضا مفترضة مسؤوليته ، فإن كان الضرر قد أصابه وحده ، فلا عبرة باقتراض مسؤوليته ، وإن أصيب كل من الطرفين بضرر ، اعتبر كلاهما مصابا ، وجاز له التمسك بالمسؤولية المقررة ابتداء على الطرف الأول •

ويشبه فعل الأجنبي فعل المصاب في كثير من الوجوه ، فإن كان خطأ اعتبر سببا أجنبيا مستقلا بذاته ، والا وجب أن تتوافر فيه صفات الحادث الفجائي والقوة القاهرة من انتفاء لتوقعه وانتفاء لتلافيه • وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الغير ليس ممن يجب على المدعى عليه ضمانهم ، إذ أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المرء مسؤولية تعاقدية أو تقصيرية لا يعتبرون أجنبيا عنه ، ويشترط فوق ذلك أن يكون الغير معينا ومعلوما • أما خطأ الغير الذي لم تعين شخصيته ، فيشبه الحادث الفجائي والقوة القاهرة ويجب أن يتوافر فيه ما يشترط فيها •

وإذا كان المدعى عليه الذى يدفع المسؤولية عن نفسه بخطأ الأجنبي مخطئا هو أيضا ، لم يقبل منه دفعه • وغاية الأمر أنه يكون له حق الرجوع على الأجنبي بجزء مما عوض به المصاب ، فإن أدخل الأجنبي معه في الدعوى ، حكم عليهما معا بالتضامن فيما بينهما تضامنا تاما أو ناقصا حسب الأحوال •

أما ان كانت مسؤولية المدعى عليه مفترضة افتراضا ، كان خطأ الأجنبي كافيا لاسقاطها ، ولاقتراض انتفاء السببية من جهته ، بغير

حاجة الى اثبات انتفاء توقع خطأ الأجنبي وانتفاء تلافيه ، اذ الأصل أن الانسان غير مكلف توقع أخطاء الآخرين ، فيجب على من يدعى خلاف ذلك أن يثبت أن خطأ الأجنبي كان في موضوع هذه الدعوى بالذات ممكنا وتوقعه وتحاشي نتائجه الضارة .

وقد أصدرت المحاكم في هذا الشأن كثيرا من الأحكام التي تبدو متناقضة في ظاهرها ، ولكن تحليل تلك الأحكام أتاح لنا الكشف عن قاعدة ثابتة سارت عليها الأحكام باطراد ، وظهر لنا أن ما نسب الى المحاكم من تحولها من رأى الى آخر ، إنما هو في الواقع وحقيقة الأمر تطبيق تلك القاعدة الثابتة ، مع مراعاة بعض الظروف الخاصة بالدعوى التي صدرت فيها تلك الأحكام ، وتتلخص تلك القاعدة الثابتة في أن خطأ الأجنبي يعتبر كافيا بذاته لدفع المسؤولية ، ما لم يقيم الدليل على أنه كان في وسع المدعى عليه أن يتوقع خطأ الأجنبي ، وأن يتحاشى نتائجه الضارة ، ففقر في ذلك ، أما ان كان فعل الأجنبي لا خطأ فيه فانه لا يعفى المدعى عليه ما لم يثبت أن ذلك الفعل كان غير ممكن توقعه ولا تلافى نتائجه الضارة .

من ذلك يبين أن مذهب محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بأسباب دفع المسؤولية المدنية مذهب منطقي متماسك ومتكامل بالرغم من كل ما رمى به من تناقض وتعارض ، وهو جدير بكل تأييد ، وأن المحاكم المصرية — بالرغم من أن نصوص قوانيننا أشد قصورا من نصوص القانون الفرنسي — قد استطاعت أن تطبق في هذا الخصوص القواعد الصحيحة وأن تتفادى بذلك كل نقد .

ولكننا مادامنا بصدد تنقيح التقنيات المدنية تنقيحا شاملا ، وقد أسند اجراء هذا التنقيح الى نخبة من أقدر فقهاءنا ، فإن من المرغوب فيه أن يأخذ التقنين الجديد صراحة وفي عبارات لا تحتمل لبسا أو تأويلا بمبدأ دفع المسؤولية باثبات السبب الأجنبي . ويجب أن يتم فيه تطبيق هذا المبدأ ، في عبارات صريحة وواضحة في كل المواضع التي تحتاج الى تطبيقه فيها ، بحيث يستبعد كل ليس ويسد كل قصور .

في نظرية دفع المسؤولية المدنية

رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة في سنة ١٩٣٦

المقدمة

بقلم حضرة الأستاذ ليون مازو

أستاذ القانون المدني بجامعة باريس وجامعة القاهرة (١٨)

حول أهوام سقارة سراديب وأبهاء عميقة ، قد تناثر فيها جذاذ من الأواني القيمة ، التي أكسبها بعد العهد ، وطول الأمد ، قيمة تاريخية فوق قيمتها الذاتية ، وفي هذه الأجزاء المتناثرة يبذل المنقبون عن آثار الأقدمين الجهود لجمع أشنتاتها ، وضم متفرقاتها ، وبأسلوب يجمع بين قوانين العلم وأحكام الفن يجعلون من كل طائفة متناسبة من تلك الأجزاء مجموعة متكلفة ، ويبعد صناع ماهرة يجعلون من المتناثر المختلف شكلا مؤتلفا ، يردونها به الى شكلها الذي سواها عليه صانعها القديم في العصور الغابرة ، والقرون الخالية .

ومثل الذين يغيصون في أغوار البحث القانوني مثل هؤلاء المنقبين في سقارة ، كلما أوغلوا في البحث ، وأمعنوا في الاستقراء اظلمت عليهم الآفاق ، وتشعبت بهم المسالك ، ووجدوا من الفروع نثرا لا يحصى ، وهم في محاولتهم ردها الى أصولها واستكناه أسبابها ، يقسمونها الى وحدات متجانسة ، ويلحقون الأشباه بأشباهها ، والأمثال بأمثالها . وبعد جهد وإناة وصبر لا يستطيعه الا أولو العزم من الرجال يصلون

(١٨) منشورة كتقديم للرسالة في النسخة الفرنسية وترجمة كاملة لها في النسخة العربية وفي جريدة الاهرام بعدها الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٦/٦

الى تأليف مجموعة قد تناسبت أجزاؤها ، وتماسكت وحداتها ، والتقى فيها جلال الحقيقة ، وطرافة الكشف ، ومتانة البنيان ، والفن الرائع .

وكتاب الأستاذ سليمان مرقس الذى يبحث فيه نظرية أسباب دفع المسؤولية المدنية (الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، وفعل المجنى عليه ، وفعل الأجنبى) وليد ذلك النوع من المجهود الجبار .

فى هذا القرن الأخير زادت العناية بقواعد المسؤولية المدنية . حتى صارت كما يقول الأستاذ جوسران حجر الزاوية وقطب الدائرة ، وكان من آثار ذلك أن حالت قواعد تلك المسؤولية وتغيرت ، تابعة فى تغيرها لازدياد الأخطار والأحداث التى تتعرض فيها الأنفس للهلاك ، والأموال للتلف . ولقد صار اتجاهها الى مساعدة المجنى عليه ، وتسهيل الأسباب ليحصل على التعويض عما أصابه من ضرر ، وما ناله من غرم . فلو كان بمقتضى القاعدة المشهورة « البينة على من ادعى » ، لا يحصل على تعويض الا اذا أقام الدليل على الضرر الذى لحقه ، وعلى خطأ الفاعل الذى سببه ، وأثبت أن ذلك الضرر من هذا الخطأ ، فكانت المساعدة من طريق الكشف عن أنواع من الخطأ يعتبر فيها ثابتا بذاته ، لا يحتاج المدعى الى اقامة الدليل عليه ، كالخطأ الناشئ عن عدم الوفاء بالتمهيد ، ولا سيما التمهيد بسلامة الغير الذى يشتمل عليه كثير من العقود ، والخطأ الذى ينشأ عن فقد السيطرة على الحيوان أو الأشياء التى هى فى حراسة المدعى عليه . ولقد فرض فى تلك الأنواع أن الضرر ناشئ من ذلك الخطأ الثابت بذاته ، ولا يعنى المدعى عليه من تلك المسؤولية المفروضة الا اذا أقام الدليل على أن الضرر راجع الى سبب أجنبى عنه ، لا شأن له فيه . ولقد زيد فى التوسعة على المجنى عليه بالتضييق فى المقصود بالسبب الأجنبى الى أقصى درجات التضييق ، حتى صار لا يشتمل الا على خطأ المصاب والقوة القاهرة .

وبذلك تحقق المقصود من مساعدته ، وارتفع عنه عبء الاثبات ، وأصبح المدعى عليه لا يستطيع افلاتا من المسؤولية الا اذا أثبت وقوع

خطأ من المصاب نفسه ، أو حصول الضرر بقوة قاهرة • ولما في ذلك
الاثبات من صعوبة ، أصبح من الحق علينا أن نتساءل : أليس الشخص
المفروضة مسؤوليته قد أضحي المخبون الحقيقي الذي تقع عليه تبعة أكثر
الحوادث الضارة ؟

لذلك رأى بعض الشراح اسرافا في الحماية التي منحها المجنى
عليهم ، وبدأ انعكاس القصد من تلك الحماية يرسم اتجاها جديدا لوقف
ذلك الاسراف • ولكتاب الأستاذ سليمان مرقس المقام الأول في هذا
الاتجاه الجديد ، فلم يساير الذين يرون الحد من دائرة السبب الأجنبي ،
بل اجتهد في توسيع تلك الدائرة تسهيلا لاسقاط المسؤولية • مبدأ بتعيين
الأحوال التي يحتاج فيها الى دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي ، ثم حلل
الأسباب الأجنبية الثلاثة وهي القوة القاهرة ، وفعل المصاب ، وفعل
الأجنبي ، وبين أثرها مجتمعة ومنفردة في دفع المسؤولية ، وقد حلل كل
ذلك في دقة فائقة ، تتم على علم غزير •

المواقع أننا لسنا موافقين الأستاذ سليمان مرقس على آرائه في كل
المسائل ، ولكن هل يتسنى الاتفاق على مثل هذه المسائل البالغة أقصى حد
من الدقة ؟ كلا ، ولذلك كان الذي يهمنا أكثر من حل تلك المسائل ، هو
طريقة تعيينها ، وبيان ما فيها من صعوبة يراد حلها • وفي هذا قد وفق
المؤلف كل التوفيق اذ استطاع في لغة جزلة سهلة وعبرة واضحة أن يلقي
شعاعا قويا على كل هذه المسائل ، ولم يترك شيئا منها في الظلام ، فارتفع
بذلك كتابه الى صف الكتب الممتازة التي تعد من الطراز الأول •

ولما كان المؤلف قد قام ببحث موضوعه في القانونين الفرنسي
والمصري ، فقد أصبح كتابه لا غنى عنه لكل من أراد من رجال القانون
في هذين البلدين اجراء أى بحث في السبب الأجنبي وأنواعه ، وهو فوق
ذلك يذكر رجال القانون في فرنسا بأنه توجد بلاد في الناحية الأخرى
من البحر الأبيض المتوسط يقوم فيها فقه وقضاء يعتبران بالنسبة للفقه
والقضاء الفرنسيين كأنهما اخوان توأمان • فالمحاكم المصرية ، مهما يكن

الأمر ، قد سبقت المحاكم الفرنسية أحيانا في سبيل التقدم ، واقتفت آثارها في أكثر الأحيان . أما الفقه المصرى فانه بمجرد تكونه يثب وثبة واحدة ويرتفع الى المقام الأول ، وان هذا الكتاب وأمثاله لخير شاهد على ذلك ، فهذه المؤلفات المصرية المفذة خير ما كان يرجوه أساتذتنا الذين تعاقبوا مدى خمسين عاما على أرض مصر يدرسون فيها علم القانون للشعبية المصرية الفاهضة .

ليون مازو

الأستاذ بكلية الحقوق

بالجامعة المصرية وبجامعة جرينويل

(١٩) أنظر أيضا تقديمها آخر للرسالة بقلم الاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة وقت تقديم الرسالة في سنة ١٩٣٦ منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ القسم الثانى باللغة الفرنسية ص ٣٧ وما بعدها ، ومذيل بمقتبسات من تقارير لكبسار أساتذة القانون في فرنسا ، ومنشورة ترجمته باللغة العربية في المجلة ذاتها ص ١٠٠ الى ١٠٢ ، وفي مجلة المحامى ، السنة الثمانية العدد الخامس والعشرون بتاريخ ١١ يناير ١٩٣٧ .

لقسم الثاني

بحرٍ وتعليقات على الأهم
في مسائل أخرى من مسائل لقانون المدنى

قوة المحررات العرفية في الإثبات

وحجية تاريخها على الوارث الذي يطمع فيها

بصورها في مرض الموت (*)

١ — أهمية موضوع المحررات الصادرة من المورث في مرض موته :
إذا توفي شخص عقب مرض يعتبر مرض الموت ، وكان قد تصرف في بعض ماله بعقود عرفية غير ثابتة التاريخ ، فطمع الوارث في هذه العقود ببطلانها لصدورها من المورث في مرض موته ، تعين عليه أولا أن يثبت هذا المرض ، وأن يعين مدته على وجه التحديد ، وبناء على ذلك لا تنفذ في حقه عقود مورثه التي تحمل تاريخا يقع في فترة المرض الأخير . ولكن ماذا يكون الحكم بالنسبة للعقود التي تحمل تاريخا سابقا على فترة المرض ؟ لو كان لهذه العقود تاريخ ثابت بوجه رسمي طبقا للمادة ٢٢٩ مدنى ، فلا شك في نفاذها في حق الوارث . أما وقد افترضنا أن العقود غير ثابتة التاريخ ، فيجوز التساؤل فيما إذا كان تاريخها العرفي غير الثابت يعتبر حجة على الوارث كما كان حجة على مورثه (المادة ٢٢٧ مدنى) باعتبار الأول خلفا للثاني ، أم يحسب الوارث بالنسبة لهذا التاريخ من طبقة الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ ، فلا يعتبر هذا العقد بالنسبة اليه سابقا على مرض الموت ولا ينفذ في حقه ، دون حاجة به الى اقامة الدليل على حقيقة هذا التاريخ ووقوعه في فترة المرض .

وظاهر أن القول بالرأى الأول من شأنه تسهيل الاحتتيال على القانون الذى أعطى الورثة حقوقا معينة فى أموال مورثهم (أنظر المواد

(*) منشور بجملة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة عدد مارس وأبريل ومايو سنة ١٩٤٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

٢٥٤ مدنى وما بعدها وأحكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بالوصية وبتصرفات المريض مرض الموت) ، اذ أنه يمكن المورث من تقديم تاريخ التصرفات الصادرة منه في مرض الموت ، فيجعلها بذلك حجة على ورثته . نافذة في حقهم ، ضارة بهم ، ولم يكن يجوز أن تنفذ في حقهم ، ولا أن تضر بهم .

كما أن القول بالرأى الثانى ليس بأقل خطورة من الأول ، لأنه يسمح للوارث اذا كان المورث قد مرض فترة بسيطة قبل موته (والغالب أن يسبق الموت مرض) ، أن يتمسك بالمادة ٢٢٨ ليجمع جميع تصرفات المورث التى يمكن أن تكون قد صدرت منه في أى وقت طوال حياته غير نافذة في حقه لجرد عدم ثبوت تاريخها بوجه رسمى .

لذلك لا يكون مستغربا أن تختلف الأحكام في هذا الشأن ، بل هي قد اختلفت بالفعل ، فأخذ بعضها بالرأى الأول ، وأخذ بعض آخر ومعظم الشراح بالرأى الثانى . وأخيرا قررت محكمة النقض بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٤١ « أن الوارث يعتبر من الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من المورث اذا كان التصرف قد صدر في مرض الموت اضارا بحقه في الميراث ، فاذا كان التاريخ المدون في ورقة التصرف سابقا على بدء مرض الموت وغير ثابت رسميا ، فإن كل ما يكون للوارث هو أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح ، وأن العقد انما أبرم في مرض الموت » (المحاماة ٢٢ - ٦٦١ - ٢٢٧ ، وأنظر بهذا المعنى أيضا نقض ٢٣ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١ - ٨٧٩ - ٣٧١ ، المجموعة ٤٢ - ٤١٢ - ١٩٣ ، القانون والاقتصاد ١١ - ٣ - ١٩ - ٢٦) .

وواضح من هذا الحكم أن محكمة النقض تعتبر الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه المتوفى عقب مرض ، ولكنها لا تكتفى منه بمجرد تمسكه بعدم ثبوت تاريخ هذه التصرفات ثبوتا رسميا طبقا لما تقتضى به المادتان ٢٢٨ و ٢٢٩ ، بل تتطلب منه اقامة الدليل على أن التاريخ العرفي لهذه التصرفات غير صحيح ، وان تاريخها الصحيح يقع في فترة المرض .

وقد يظهر بادی الرأي أن محكمة النقض أخذت غيما ذهبت اليه بكل
وسط من شأنه أن يتلافى عيوب الرأيين السابقين من الناحية العملية على
الأقل . ولكن بالتأمل يتضح أن مذهب محكمة النقض — وإن كان في
ظاهره يقرب من الرأي الثانی من حيث أنه يعتبر الوارث من الغير —
لا يخرج في الحقيقة عن الرأي الأول في شيء . وهو الرأي الذي نراه
أقرب إلى الصواب .

لذلك نرى أن نقرر المبادئ التي تحكم هذا الموضوع أولا ، ثم
نناقش الأحكام الصادرة في شأنه على ضوء هذه المبادئ .

— ١ —

تقرير المبادئ

٢ — **النصوص :** بين المشرع قيمة المحرر الرسمي من حيث الاثبات
في المادة ٢٢٦ / ٢٩١ / ١٣١٩ مدنى . ثم نص في المادة ٢٢٧ / ٢٩٢ :
١٣٣٢ على أن المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها
ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء Les écrits s.s.p. font la même
preuve entre les parties وأضاف الى ذلك في المادة ٢٢٨ / ٢٩٣
١٣٣٨ قوله : « أن المحررات غير الرسمية لا تكون حجة على غير
المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا بثبوتها رسميا » . وقد بينت المادة
٢٢٩ / ٢٩٤ / ١٣٣٨ طرق ثبوت التاريخ بثبوتها رسميا .

ويظهر من هذه النصوص أن العقد العرفي يكون حجة على
المتعاقدين به كالعقد الرسمي بشرط واحد هو عدم انكار كتابته أو
امضائه ، وقد يفهم منها أيضا أنه لا يكون حجة على غير المتعاقدين مطلقا
الا اذا توافر فيه شرط آخر هو ثبوت تاريخه بثبوتها رسميا .

غير أن المشرع لم يقصد ذلك ، وإنما قصد فقط أن تكون حجية

المحرر العرفي بتاريخه مختلفة عن حجيته ببقية البيانات الواردة فيه ،
تقرر قواعد عامة تبين حجية المحرر بالنسبة لموضوعه ، ثم خرج على
هذه القواعد في تعيين حجية المحرر العرفي بتاريخه • فيتعين علينا أن
نعرض أولا هذه القواعد العامة ، ثم نردفها بالحكم الخاص بحجية
التاريخ •

أولا : القواعد العامة في حجية المحررات العرفية

٣ — حجية المحررات بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع :
تقول المادة ٢٢٧ في نصها العربي أن المحررات غير الرسمية تكون حجة
على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، ولكنها لا تذكر
شيئا عن مدى هذه الحجية • أما النص الفرنسي لهذه المادة ، فيستفاد
منه أنه جعل للمحررات العرفية المعترف بها ما للمحررات الرسمية
— الوارد حكمها في المادة ٢٢٦ — من حجية أو قوة في الإثبات فيما بين
الطرفين على الأقل ، حيث يقول :

Les écrits s. s. p. font la même preuve entre les parties —
(que les actes authentiques).

وهذا يطابق ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ١٣٣٢ (١) •

فيجدر بنا أن نعين أولا حجية المحرر الرسمي ، لنعرف مدى حجية
المحرر العرفي ، مبتدئين في ذلك بالقانون الفرنسي ، ثم بالقانون
المصري •

بين المشرع الفرنسي حجية المحرر الرسمي في المادة ١٣١٩ حيث
نص في الفقرة الأولى منها على ما يأتي :

Art. 1322 C. c. f. : L'acte s. s. p., reconnu par celui auquel
on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu a; entre ceux qui
l'on souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi
que l'acte authentique».

«L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants CAUSE

ويستفاد من ظاهر هذا النص أمران : (١) ان العقد الرسمى حجة على المتعاقدين وورثتهما وخلفهما ، (٢) وان هذه الحجية مطلقة
pleine foi

وقد أجمع الشراح على نقد عبارة هذا النص فيما يتعلق بكل الأمرين ، فيجب علينا أن نعين ، على ضوء آرائهم ، مدى حجية المحرر بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع .

٤ — القاعدة في حجية المحرر بالنسبة للأشخاص :
بذكر الأشخاص الذين يعتبر العقد الرسمى حجة عليهم ، انتقد الشراح عبارة القانون اذ قصرت هذه الحجية على المتعاقدين والورثة والخلف . وقالوا انها عبارة ناقصة ، لأن العقد الرسمى ليس حجة بما دون فيه على هؤلاء الأشخاص فحسب ، بل هو حجة بذلك على جميع الناس . فلا يستطيع أى شخص يواجه بعقد رسمى أن ينكر صدور هذا العقد عن الموظف المختص الذى قام بتحريره ، ولا أن ينكر شيئاً مما ورد فيه على لسان ذلك الموظف . فالواقع أن العقد الرسمى حجة على الكافة
erga omnes

وقد تأثر المشرع المصرى بهذا النقد ، فخص فى المادة ٢٢٦/٢٩١ على أن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص
contre toute personne.

هذا بالنسبة للمحررات الرسمية . أما بالنسبة للمحررات العرفية ، فقد رأينا أن المشرع الفرنسى جعل لها ما للمحررات الرسمية من حجية

(٢) ديمولوب ج ٢٩ نبذة ٢٧٣ وما بعدها ، لوران ج ١٩ نبذة ١٣٤ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٢٨ ، بودرى لكانتيزى ج ٤ نبذة ٢٣٤٥ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٤٥٠ ، دى باج ج ٣ ص ٦٩٩ .

بالنسبة لموقعها وخلفهما وورثتهما (المادة ١٣٣٢) . وقد انتقد الشراح هذا التحديد أيضا كما انتقدوه في شأن المحررات الرسمية ، وقالوا ان المحرر العرفي مادام معترفا به من موقعه يعتبر واقعة قانونية لها وجود بالنسبة للكافة ، فلا يستطيع انكاره أحد ، ويجب أن يكون حجة على الجميع بالرغم من التحديد الوارد في المادة ١٣٣٢ الذي يجب أن يصرف النظر عنه كما يصرف عن مثيله الوارد في المادة ١٣١٩ ، ولا سيما أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت كلها تقضى بذلك ، ولا يوجد في الأعمال التحضيرية ما يدل على أن واضعي القانون أرادوا العدول عن هذه التقاليد . واستدل الشراح على ذلك أيضا بنص المادة ١٣٣٨ التي تقول ان المحررات العرفية لا تكون حجة بتاريخها على الغير الا من وقت ثبوت هذا التاريخ بوجه رسمي ، اذ رأوا فيه استثناء من قاعدة عامة تجعل المحرر العرفي حجة على الكافة بما دون فيه (٣) .

أما المشرع المصري ، فالظاهر أنه شغل بهذا الاستثناء الخاص بحجية المحرر بتاريخه عن حجيته ببقية مشتملاته ، ففرق بين المتعاقدين والغير ، ولكنه جعل هذه التفرقة واردة على حجية المحرر كله ، غير مقصورة على حجية التاريخ . فنص في المادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، لكنها لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا .

ويظهر من هذه النصوص أن حجية المحررات العرفية بذاتها مقصورة على المتعاقدين ، وأنه لا تكون لهذه المحررات أية حجية على الغير الا اذا كان لها تاريخ ثابت . غير أنه لا يمكن التسليم بهذا المعنى الظاهر :

(٣) انظر الموسوعة العملية للقانون البلجيكي تحت كلمة preuve

(١) لأن المحرر العرفي المعترف به — كما يقول الشراح الفرنسيون — واقعة قانونية لها وجود ثابت بالنسبة للكافة ، فلا يمكن قصر ثبوتها على المتعاقدين دون غيرها •

(٢) ولأن الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ هم — كما سنبين ذلك فيما بعد — الخلف الخاص ومن يلحق بهم ، أى الأشخاص الذين ترتب لهم حق متعلق بمال معين لأحد المتعاقدين بحيث يؤثر في حقهم التصرف الحون في المحرر لو ثبت حصوله قبل نشوء حقهم • فإذا كان القانون قد نص على حجية المحررات العرفية على هؤلاء الأشخاص بشرط ثبوت تاريخها ، وإذا كان قد قصر حجية المحررات بغير هذا الشرط على المتعاقدين دون سواهما ، فماذا يكون حكم المحررات العرفية بالنسبة للخلف العام والدائنين ؟ أليكون معقولا التقيد بالتفسير الضيق للمادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ والقول بأن هذا النوع من المحررات ليست له أية حجية على الخلف العام والدائنين ، لا بذاته ، ولا حتى بشرط ثبوت تاريخه ؟ كلا بل ان الواجب اعتبار المحرر العرفي — بالرغم من قصور نص المادة ٢٢٧ — حجة على الكافة ، فيما عدا الأشخاص المقصودين بالمادة ٢٢٨ •

(٣) ولأننا سنرى انه حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ يكون المحرر العرفي حجة بذاته ، ولا يحتاج الى ثبوت تاريخه بوجه رسمي الا لا مكان الاحتجاج بتاريخه فقط • فمثلا اذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتب من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع العرفي الصادر من الراهن ، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخ البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشتري من الاحتجاج عليه بحصول البيع ومن اعتبار نفسه حائرا للعقار الموهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ، ومن وجوب اتخاذ الاجراءات ضده •

اذن يمكننا أن نقرر القاعدة الأولى وهي أن المحرر العرفي يعتبر في

القانون المصرى وفى القانون الفرنسى على السواء حجة بما دون فيه ،
لا على موقعيه ومن يمثلانهم فحسب ، بل على الكافة من الناحية النظرية
على الأقل (الا فيما يتعلق بتاريخه غير الثابت بوجه رسمى) •

٥ - القاعدة فى حجية المحرر بالنسبة لموضوعه :

١ - فى المحرر الرسمى : نصت المادة ١٣١٩ فقرة أولى مدنى
فرنسى على أن للمحرر الرسمى حجية كاملة أى قوة اثبات مطلقة ...
L'acte authentique fait pleine foi .

وقد انتقد الشراح هذه العبارة لأنها توحي أن المحرر الرسمى
لا يجوز الطعن فى صحته بأى حال ، مع أن الفقرة الثانية من المادة
١٣١٩ ذاتها تفترض امكان حصول الطعن فيه بالتزوير ، وقالوا ان عبارة
الفقرة الأولى لم يقصد بها الا انشاء قرينة قانونية على صحة المحرر
الرسمى ، هى قرينة غير قاطعة ، اذ يمكن هدمها عن طريق الطعن
بالتزوير •

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا التفسير ، فخص فى المادة ٢٢٦ على
أن « المحررات الرسمية ... تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل
الادعاء بتزوير ما هو مدون بها ... » •

ولكن أياكون معنى ذلك أن كل ما دون بالمحرر الرسمى يعتبر حجة لايقبل
دحضها الا عن طريق الطعن بالتزوير ؟ كلا ، بل ان الشراح فرقوا فى
ذلك بين أمرين : (١) سلامة المحرر المادية ومطابقته لما أريد تدوينه به
la sincérité des déclarations وحقيقة ما دون به la réalité de l'écrit
واعتبروا المحرر الرسمى فيما يتعلق بالأمر الأول حجة لا يقبل هدمها الا
عن طريق الطعن بالتزوير ، أما فيما يتعلق بالأمر الثانى ، فان حجيته
يجوز هدمها بكافة طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة (٤) •

ويدخل في الأمر الأول صحة توقيع الموظف الرسمي الذي جرى تحرير العقد باسمه ، والبيانات الواردة في المحرر على لسان هذا الموظف مما قام به بنفسه أو عاينه أو سمعه من الطرفين اللذين حضرا أمامه والتاريخ الذي وضعه على العقد لأنه أيضا من عمله . فكل هذا لا يمكن انكاره الا عن طريق الطعن بالتزوير .

أما من حيث حقيقة الأقوال التي أدلى بها الطرفان الى الموظف العمومي ، فمقام بتدوينها بناء على ما سمعه منهما ، فليس لهذا الموظف اختصاص في تحريرها ، وكان يجب ألا تكون لهذه الأقوال أية حجية ، ولكن لأنها دونت بناء على طلب الطرفين تكون حجة عليهما وعلى الكافة الى أن يصير اثبات عكسها طبقا للقواعد العامة (٥) .

وقد أخذ المشرع المصري بهذه التفرقة اذ نص في المادة ٢٢٦ على أن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة الأمور المحرر لها .
Font preuve contre toute personne jusqu'à inscription de faux des constatations faites par l'officier rédacteur.

فدل بذلك على أنه قصد أن يبين أن حجية المحرر الرسمي ليست مطلقة ، وأن البيانات التي حققها الموظف الذي قام بتحرير العقد تكون حجة الى أن يطعن فيها بالتزوير ، وأن غير ذلك من البيانات لا يخلو من حجية ، وإنما يكون اثبات عكسه طبقا لقواعد الاثبات العادية .

ب - في المحرر العرفي : أما المحرر العرفي ، فيختلف عن المحرر الرسمي في أن الأخير يعتبر في ذاته حجة على صدوره من الموظف الذي حرر باسمه ، بينما الأول لا تكون له هذه الحجية الا اذا اعترف به

(٥) انظر المراجع المشار اليها في المجموعة العملية للقانون البلجيكي تحت كلمة اثبات Preuve نبذة ٩٨ ونبذة ١٠٣ .

موقعه ، وفيما عدا ذلك تكون له نفس الحجية التي للمحرر الرسمي (المادة ٢٢٧/٢٩٢/١٣٢٢) الا فيما يتعلق بحجية تاريخه على الغير طبقا للمادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ •

فالمحرر العرفي المعترف به يكون حجة على الكافة بصدوره من موقعه وبسلامته المادية الى أن يطعن فيه بالتزوير (٦) • فاذا ادعى شخص أن المحرر العرفي لم يصدر من الشخص المنسوب اليه توقيعه بالرغم من اعتراف هذا الأخير بتوقيعه — أو ان عبارة معينة أو تاريخاً للمحرر لم يكن موجودا وقت التوقيع بل أضيف بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يثبت دعواه الا بسلوك سبيل الطعن بالتزوير •

أما من حيث حقيقة المدون في المحرر العرفي ، أو بعبارة أخرى من حيث مطابقة المدون في المحرر للواقع الذي جرى بين الطرفين ، فيمكن القول — اذا صرفنا النظر مؤقتا عن نص المادة ٢٢٨ — أن المحرر العرفي يكون حجة قابلة لاثبات العكس طبقا للقواعد العامة •

فما هي القواعد العامة المتعلقة باثبات عكس ما في المحرر ؟ لا شك في أن اثبات عدم حقيقة المدون في المحرر هو أقرب ما يكون الى الطعن بالصورية ، ومن قواعد الصورية أنه اذا ادعى أحد الطرفين بصورية العقد وجب عليه اثبات الحقيقة بالكتابة ، لأنه لا يجوز اثبات عكس المكتوب الا بمكتوب مثله ، ما لم يكن المحرر قصد به الغش أو الاحتيال على القانون فيجوز اثبات عكسه بكافة الطرق (٧) • أما الغير ، فيجوز لهم في جميع الأحوال اثبات العكس بكافة الطرق ، لوجود المانع لديهم من الاستحصال على كتابة (٨) •

(٦) انظر استئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٣٢١) ، نمرون تحت لفظ عقد عرفي نبذة ٣ ، ديولومب ج ٢٩ نبذة ٣٨٠ ، لوران ج ١٩ نبذة ٢٩٢ •

(٧) انظر استئناف بصر ٢٥ أبريل ١٩٤٠ المحللة ٢١ ص ٥٦٤ •
(٨) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٣٨٢ ، بلانيول وريبير ج ٧ نبذة ١٣٨٢ ، =

ج - تعيين الغير بالنسبة للصورية: فمن هم « الغير » الذين يجوز لهم في جميع الأحوال اثبات الصورية بكافة الطرق ؟ - هم من الناحية النظرية على الأقل كل الأشخاص الذين لم يوقعوا المحرر ولم يكونوا ممثلين في توقيعه . فيخرج بذلك موقع المحرر ، وإذا كان الموقع نائباً عن غيره يخرج أيضاً الأصيل (كالموكل بالنسبة لتوقيع الوكيل ، والقاصر بالنسبة لتوقيع الوصى ، والمحجور عليه بالنسبة لتوقيع القيم ، ومالك المال الموضوع تحت الحراسة بالنسبة لتوقيع الحارس ، والدائن الذي يستعمل الدعوى غير المباشرة عن مدينه الخ) ، ويخرج كذلك الخلف العام لموقع المحرر أى ورثته لأنه يمثلهم (٩) ، وخلفه الخاص الذي تلقى

= دى باج ج ٣ نبذة ٧٦٧ ، ٨٧٩ ب والدكتور محمد على مرفه في حجية المحررات العرفية في الإثبات مجلة للقانون والاقتصاد السنة العاشرة ص ١٥٩ .

(١٠) ولكن يلاحظ أن محكمة النقض لا تعتبر الورثة ممثلين في شخص مورثهم إلا إذا كان هذا المورث لم يتصرف أضراراً بهم . أما أن تصرف بقصد الأضرار بهم ، فإنه يكون خصماً لهم ، ولا يمكن اعتباره ممثلاً لهم . فإذا طعنوا في تصرفه بالصورية وجب اعتبارهم أجانب عن العقد المطعون فيه ، وجاز لهم أن يثبتوا مطاعنهم بكافة الطرق . وقد عللت ذلك محكمة النقض بأن « الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً في ماله ينحجز به المورث عن التصرف بالوصية لو ارث . وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث ، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطعن به الوارث على تصرفات المورث المانسة بحقه وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحق له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات » (نقض ٢٧ فبراير ١٩٣٦ المحللة ١٦ - ٨٧٨ - ٤٠٢) .

وبناء على ذلك قررت في حكم آخر أنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في حجية التصرف الصادر منه لأحد الورثة إلا إذا خلا هذا التصرف من كل طعن . أما إذا كان في هذا التصرف أساس يحق وارث في التركة غشاً وتدليساً وتحيلاً على مخالفة أحكام الارث ، ففى هذه الحالة ينعدم تمثيل الوارث لمورثه ويعتبر أجنبياً عنه ، ويباح له اثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض ١٥ أبريل ١٩٣٧ المحللة ١٧ - ١١٥٢ - ٥٨٣ ، وانظر أيضاً استئناف مصر ٢١ مايو ١٩٣٥ المحللة ١٦ - ٣٠٠ - ١٢٧) .

غير أنى أرى أنه مادام الأصل أن الوارث يعتبر ممثلاً في شخص مورثه ، فإذا ادعى الوارث أن تصرفاً معيناً صدر من مورثه صورياً بقصد الأضرار =

منه حقا متعلقا بموضوع العمل القانوني المدون في المحرر بعد صدور ذلك العمل القانوني . أما الدائنون العاديون ، فانهم ، وان كانوا يتأثرون بتصرفات مدينهم بقدر ما تؤثر في ذمته المالية وفيما لهم من حق الضمان العام على هذه الذمة ، قد توجد لهم مصالح تتعارض مع مصلحة مدينهم وتجعل منهم رقباء عليه وخصوصا له في بعض الأحيان ، فهم تارة يلحقون بالخلف العام ، وتارة يعتبرون من الغير .

وبناء على ذلك يقتصر فريق « الغير » على : (١) الخلف الخاص لكل من وقع المحرر اذا كان صدور العمل القانوني المدون في المحرر تاليا لانتقال الحق الى الخلف ، (٢) ودائني موقع المحرر اذا اختصموا مدينهم في حقيقة موضوع المحرر (١٠١٠) .

هؤلاء فقط هم من الناحية العملية المقصودون « بالغير » الذين يجوز لهم اثبات الصورية في جميع الأحوال بكافة الطرق . ويقابلهم موقعو المحرر وخلفهم العام وخلفهم الخاص بالنسبة للمحررات السابقة

== به ، فان مجرد ادعائه ذلك لا يبرر قطع الصلة بينه وبين مورثه ولا يفيد اعتباره اجنبيا عنه طالما ان قصد الغش لم يثبت ، بل يقع عليه عبء اثبات الغش الذي سيترتب عليه انقطاع التمثيل بينه وبين مورثه . ويكون شأنه في ذلك بالنسبة للصورية شأن المتعدين انفسهما وخلفهما العام ، فاذا ابيح له الاثبات بكافة الطرق فلا يكون ذلك لاعتباره من الغير ، بل لان الواقعة التي يطلب اثباتها تنطوي على غش .

(١٠) انظر جوسران ج ٢ نبذة ٣٢٧ ثانيا ، بلانيول ج ٢ نبذة ١١٩٥ ، السنهوري في نظرية العقد ص ٨٣١ نبذة ٧٥٥ وما بعدها ، والدكتور عرنة ص ١٦١ .

ويلاحظ أنه من الناحية النظرية يعتبر أيضا من الغير بالنسبة للصورية كل شخص ليست بينه وبين موقع المحرر صلة ما . ولكن نظرا لأن الدعوى أو الطعن مقيدة بالمصلحة ، ولأن الأشخاص الذين لا تربطهم بموقعي المحرر أية صلة لا توجد لهم مصلحة في الطعن في حقيقة المحرر ، فلا يقبل منهم هذا الطعن ولا يعتبرون من الناحية العملية داخلين في طبقة الغير بالنسبة لحقيقة المحرر .

(١١) يضاف إلى ذلك طبقا لرأي محكمة النقض فريق الورثة الذين يكون التصرف الصوري حاصلا اضرارا بحقوقهم (انظر الصفحة السابقة هامش ٩) .

لحقه ، وهم لا يجوز لهم اثبات خلاف الدون في المحرر الا بالكتابة ، فيما عدا حالة الغش أو الاحتيال على القانون .

وبناء على ذلك نستطيع أن نجعل القاعدة بشأن حجية المحررات العرفية بالنسبة لموضوعها في أن المحرر العرفي المعترف به حجة بوجوده وبسلامته الى أن يظن فيه بالتزوير ، وأنه حجة بحقيقة ما دون فيه الى أن يثبت عكسه ، وأن اثبات العكس لا يجوز من أحد موقعي المحرر الا بالكتابة فيما عدا حالة الغش ، ويجوز من الغير بكافة الطرق .

ثانيا : القاعدة الخاصة في شأن حجية المحرر العرفي بتاريخه

٦ - النصوص الخاصة : تاريخ المحرر هو أحد البيانات المدونة فيه ، وهو في المحرر الرسمي من عمل الموظف المختص ، فيكون حجة على الكافة ، ولا يظن في صحته الا بالتزوير . أما في المحرر العرفي ، فهو من عمل موقعيه ، وكان يجب طبقا للقواعد العامة أن يكون حجة بحقيقته على الكافة الى أن يثبت عكسه وفقا لتلك القواعد ذاتها .

غير أن المشرع وقف من تاريخ المحررات العرفية موقفا خاصا ، خرج به عن تلك القواعد العامة ، فنص في المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٣٨ على أن هذه المحررات « لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا » (١٢) .

ويؤخذ من هذا النص أن المشرع قسم الأشخاص بالنسبة لحجية التاريخ العرفي الى فريقين :

(١٢) لاحظنا على هذا النص أن به عيبا ظاهرا من حيث أنه يوجب أن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير بشيء مطلقا ما لم يكن له تاريخ ثابت ، مع أن الواقع أن المحرر العرفي يكون حجة بوجوده على الكافة بمجرد اعتراف موقعه به ودون حاجة الى ثبوت تاريخه ثبوتا رسميا ، ولذلك نرى أن عبارة المادة ١٣٢٨ فرنسي اقرب إلى أداء الغرض المقصود من عبارة المادة ٢٢٨/٢٩٣ مصري حيث تقول :

Les actes s.s.p. n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été entre gistrés..

(١) فريق المتعاملين بالمرحور العرفي ومن يلحق بهما • وهؤلاء يكون المرحور العرفي حجة عليهم بتاريخه ، ولكن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل هي قابلة لاثبات العكس ، فيعتبر التاريخ العرفي صحيحا بالنسبة لهؤلاء الأشخاص الى أن يتمكنوا هم من اثبات عدم صحته طبقا لقواعد الاثبات العامة (١٣) •

(٢) وفريق « الغير » ، وهم الأشخاص الذين أراد المشرع حمايتهم ، فجعل تاريخ المرحور العرفي لا يحتج به عليهم الا اذا كان ثابتا بوجه رسمي • هؤلاء الأشخاص يكفي منهم بأن يتمسكوا بعدم ثبوت التاريخ رسميا ، حتى يعتبر ذلك التاريخ كأنه غير موجود أصلا ، ولا يقع عليهم أى عبء من الاثبات في هذا الشأن ، بل انه لا يجوز لمن يتمسك بالمرحور العرفي ضد هذا الفريق من الأشخاص أن يثبت هو صحة تاريخ ذلك المرحور ، مادام التاريخ ليس ثابتا بأحد الأوجه المبينة في المادة ٢٢٩ •

ولكن يلاحظ أن معنى الغير في عرف المادة ٢٢٨ مسلم بأنه يختلف عن المقصود بالغير في مواضع أخرى كثيرة ، بل هو يختلف حتى عن « الغير » في الطعن بالصورية • فاذا أردنا تحديد هذا المعنى وجدنا الأمر ليس بالهين ، فلا هو متفق على تعريفه ، ولا الشراح وضعوا له معيارا يصلح أن يكون أساسا لقاعدة عامة ، بل نجدهم اختلفوا في كثير من التطبيقات •

وانى أرى أنه مما يسهل مهمة تعيين « الغير » في عرف المادة ٢٢٨ تحرى أهمية التاريخ في المرحورات ، وبيان الحكمة التي قصد اليها المشرع من وراء هذا النص •

(١٣) انظر استئناف مختلط ١٢ ديسمبر ١٩١٨ ب ٣١ ص ٦٨ ، ٢ يونيو ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٥٢ •

٧ — أهمية التاريخ في المحررات ، وهكمة تشريع المادة ٢٢٨ :

الأصل في الأعمال القانونية أنها ، متى توافرت فيها شروط صحتها ، تنتج أثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها ، فيتقيد بها المتعاقدان ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف أثرها مهما كان تاريخها الى الخلف العام ، ويتعدى الى الدائنين الذين ليس لهم الا حق الضمان العام .

أما الخلف الخاص ، فقد رأينا أن لهم وجهين ، فهم من الخلف بالنسبة للأعمال السابقة على حقهم ، ومن الغير بالنسبة للأعمال اللاحقة ، أى أن نفاذ التصرف القانوني في حقهم يتوقف على تعيين تاريخه ، ومن ثم كانت لهذا الفريق من الأشخاص مصلحة جوهرية في تعيين تاريخ التصرفات الصادرة من السلف بشأن موضوع الحق الذي تلقوه منه ، وفي الطعن في صحة هذا التاريخ ولو مع التسليم بصحة التصرفات ذاتها ، وكانوا معرضين لنوع من الغش ، سهل وقوعه عظيم خطره ، هو الغش الذي يقع من السلف بتقديم تاريخ تصرف تال لحق الخلف وجعله سابقا على هذا الحق حتى ينصرف أثره الى الخلف ، ويحتج عليه بالمحرر الذي تضمنه (١٤) . فإذا طبقنا القواعد العامة على هذه الحالة ، كان المحرر حجة على الخلف الخاص بكل ما دون به ، بما في ذلك تاريخه ، ووقع عليه هو عبء اثبات عدم صحة التاريخ الذي يحمله المحرر وتعيين حقيقته . ولكن المشرع رأى أن سهولة تقديم التاريخ ، وجسامتها ما يترتب على ذلك من ضرر بالنسبة للخلف الخاص ، وصعوبة عبء الاثبات الذي تلقيه عليه القواعد العامة ، كل ذلك يقتضى تنظيم حماية استثنائية للخلف الخاص ومن في حكمه ضد هذا النوع من الغش السهل . ولتحقيق هذه الحماية نص على الاستثناء الوارد في المادة ٢٢٨ (١٥) .

(١٤) أنظر ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٢٦ ، وتعليق لابيره على حكم استئناف Caen ٢٨ مايو ١٨٧٩ سري ١٨٨٠ — ٢ — ٢٨١ .
(١٥) قارن الدكتور عرفة في بحثه السالف الإشارة اليه ص ١٧١ .

واستنادا الى حكمة التشريع هذه يمكننا (أولا) أن نحدد دائرة تطبيق هذا النص الاستثنائي ، و (ثانيا) أن نستبعد الأشخاص الذين لم يوضع هذا النص لحمايتهم ، و (ثالثا) أن نبين الأشخاص الذين تقررت هذه الحماية لأجلهم ، و (رابعا) أن نستنبط من كل ذلك التعريف الجامع المانع للغير في عرف المادة ٢٢٨ .

٨ — دائرة تطبيق المادة ٢٢٨ : تنطبق المادة ٢٢٨ على المحررات العرفية ، أى على الأوراق الموقعة التى أعدت لتكون دليلا كاملا بما تضمنته ، فهى لا تنطبق على اثبات تاريخ العقود الشفوية ، ولا على الأوراق التى لا تعتبر الا مبدأ ثبوت بالكتابة .

ويشترط أن يكون العمل القانونى الذى أعد المحرر لاثباته عملا مدنيا ، اذ أن الأعمال التجارية لا تخضع فى اثباتها الى قواعد القانون المدنى ، ومنها نص المادة ٢٢٨ (١٦) .

ويشترط أيضا أن يكون هذا العمل القانونى المدنى غير خاضع لأى نظام خاص ، كالسجل مثلا ، يترتب عليه ثبوت تاريخه بحكم هذا النظام (١٧) .

٦ — الأشخاص الذين لا يستفيدون من نص المادة ٢٢٨ : لا يستفيد من نص المادة ٢٢٨ الأشخاص الذين وقعوا المحرر والذين كانوا ممثلين فى توقيعه . وقد أجمع الشراح على أنه يدخل فى هذه الفئة الأخيرة الأصيل بالنسبة للمحرر الذى وقع نائبه ، والورثة بالنسبة للمحرر الموقع من مورثهم ، واختلفوا فى شأن الدائنين بالنسبة للمحررات الموقعة من مدينهم (١٨) .

(١٦) جوسران ج ٢ نبذة ١٩٠ مقرة ثانية .

(١٧) بلانبول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٦ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٢ ،

جوسران ج ٢ نبذة ١٩٢ .

(١٨) انظر فى هذا الخلاف دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٣ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه .

هؤلاء الأشخاص يعتبر المحرر العرفي حجة عليهم بتاريخه ، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة ، بل هي لا تختلف عن حجية المحرر بباقي ما دون به من بيانات ، أى انه يجوز لهؤلاء الأشخاص اقامة الدليل على عدم صحتها طبقا للقواعد العامة .

فاذا وقع القاصر محررا عرفيا دون فيه حصول عقد كان يحتاج فيه الى الأهلية الكاملة ، فأرخه بتاريخ تال لوقت بلوغه سن الرشد ، أو وقع المحجور عليه محررا أرخه بتاريخ سابق على توقيع الحجر ، فإن التاريخ الذى يحمله المحرر يكون حجة على كل منهما بعد بلوغ الرشد أو رفع الحجر عنه ، فاذا أراد أيهما أن يطعن فى صحة هذا التاريخ ، كان الأصل ألا يقبل منه ذلك الا بالدليل الكتابي ، ولكن نظرا لأن الأمر المراد اثباته من شأنه اثبات الاحتيال على القانون ، فيجوز لهما اثباته بكافة الطرق (١٩) . وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر فى حكمين لها صادرين من دائرتين مختلفتين بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٢٨ (المحاماة ٩ — ٧٠ — ٤٧ والمحاماة ٩ — ٧٣ — ٤٨) (٢٠) .

(١٩) فؤزيه هرمان المادة ١٣٢٨ نبرة ٥ الى ٧ .
(٢٠) وقد وردت فى الحكم المنشور فى المحاماة تحت رقم ٤٨ (وهو الصادر من دائرة مصطفى محمد وبهى الدين بركات وأحمد أمين) العبارة الآتية : « وحيث انه لا نزاع فى أن التاريخ العرفي لل عقود حجة على المتعاقدين فيها ، وفى انه لا يرجع للتاريخ الثابت الا فيما يتعلق بالغير . ولكن محل ذلك اذا لم يثبت حصول غش أو تواطؤ بين المتعاقدين فى اثبات تاريخ غير صحيح للهرب من أحكام القانون » .

وردة فى الحكم المنشور تحت رقم ٤٧ (دائرة زكى برزى وعبد الباقي زكى القشيري وعلى عبد الرازق) ما يأتى : « وحيث ان الأصل هو ان المحررات الغير رسمية تكون حجة على المتعاقدين ما لم يحصل انكار الكتابة أو الإمضاء ، وحيث ان هذه القاعدة ، بل وكافة القواعد القانونية ، لا يعمل بها. إلا فى حالة الغش والتواطؤ ، وحيث انه من المقرر علما وعملا ان كسفة المحررات العرفية التى لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على الحجر يجوز للقيم على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه اذا بلغ رشده أو زالت عنه اسباب الحجر أن يطعن فيها بان التاريخ الموضوع عليها قد وضع على غير حقيقته وحصل تقديبه ، وحيث انه تطبيقا للمبدأ القائل بان الغش لا يصح أن يؤخذ بطريق الظن والتخمين ، بل لابد من اقامة الدليل عليه ، يكون اثبات =

كذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا وقع الوكيل أو القيم ، بعد عزل أى منهما ، محررا عرفيا أرخه بتاريخ سابق على عزله من التوكيل أو من القوامة ، فان هذا التاريخ يكون حجة على الموكل أو على القيم التالى حتى يثبت عدم صحته . ولكنها نظرا لأن ما يراد اثباته فيه احتيال على القانون أجازت للموكل وللقيم التالى اثبات حقيقة التاريخ بكافة الطرق (٢١) .

فاذا توفى القاصر أو الموكل أو المحجور عليه ، حل محله ورثته ، وكان حكمهم من حيث جواز طعنهم فى صحة التاريخ حكم مورثهم فى ذلك . وقد أخذت بذلك محكمة النقض بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٤١ حيث قررت أن « التاريخ العرفى المعترف به من المورث يكون دائما حجة على الوارث حتى يقيم الدليل على عدم صحته اذا كانت له مصلحة خاصة فى ذلك . ومادام هو لم يقدم الدليل على صحة هذا التاريخ ولم يطلب احالة الدعوى الى التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد فى تاريخ معين ، فأخذ المحكمة بالتاريخ الوارد فى العقد لا مخالفة فيه

= عكس التاريخ الموضوع على العقد واقعا على ماتق المحجور عليه الذى زالت اسباب الحجر عنه أو على عاتق القيم عليه ، ولهما أن يثبتا ذلك بكافة طرق الثبوت بما فيها البيئة والقرائن » .

وقد يفهم من هذه الصيغيات أن المحكمة تعتبر للتاريخ انعرفى فيما بين الطرفين حجية مطلقة ، أى أنه لا يجوز نقضها بالدليل العكسى الا فى حالة الغش أو التواطؤ . ولكن حقيقة الامر أن المحكمة كان مهتما منصرفا الى وقائع الدمويين ، وهى وقائع منطوية على الغش ، للوصول الى الحل القانونى فى هذه الوقائع بالذات ، فاصابت الحل الصحيح فى شأن حجية التاريخ العرفى وجواز اثبات الغش فيه بكافة الطرق .

(٢١) انظر بالنسبة للموكل استئناف مختلط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٤٠) ص (٤١) ، دى هلتس كلمة نبذة ٧٠ ، وبالنسبة للمحجور عليه أو القيم التالى استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٣٠ (٤٢ ص ١٦٥) ، وانظر أيضا ٦ مايو ١٩١٥ (٢٧ ص ٣٢٥) ، ١٢ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٦٨) ، ٣ يونيه ١٩٢٢ (٣٤ ص ٤٥٢) ، دى هلتس نبذة ٦٩ ، وراجع بهذا المعنى أيضا أحكام المحاكم الفرنسية فى موزييه هرمان المادة ١٣٢٨ نبذة ١١ الى ١٩ ونبذة ٢٦ — ٢٧ .

• للقانون « (٢٢) •

أما للدائنون العاديون الذين ليس لهم الا حق الضمان العام ،
فمادام لم يترتب لهم حق خاص متعلق بمال معين من أموال مدينهم ،
فيتعدى اليهم أثر تصرفات المدين من حيث انه يزيد أو ينقص في
مشمولات ذمته المالية بصرف النظر عن تاريخ هذه التصرفات وكونها
سابقة أو تالية لحق الدائنين • فلا خطر عليهم من تقديم التاريخ أو
تأخيرها ، اذا كان التصرف مسلما بحصوله • فاما أن يطعنوا في صحة
المحرر من حيث حقيقة التصرف المدون فيه أو حقيقة أركانه ، فيقع
عليهم عبء اثبات الحقيقة ، واما أن يسلموا به ، فيتقيدون به ويكون
المحرر حجة عليهم بكل ما دون به ، بما في ذلك تاريخه (٢٣) •

كذلك لا يستفيد من نص المادة ٢٢٨ الأشخاص الذين لا تربطهم
بأحد من المتعاقدين صلة ما ، اذ أنه بالنسبة لهؤلاء الأشخاص يعتبر
المحرر العرفي حجة بما دون به من الناحية النظرية فقط • أما من الناحية
العملية فلا يتصور أن تكون لهم مصلحة في الطعن في حقيقته ولا في
حقيقة تاريخه حتى يحتاجوا الى الحماية التي قررها المشرع في المادة
٢٢٨ (٢٤) •

١٠ — الأشخاص المقصودون بالغير في المادة ٢٢٨ : فإذا استبعدنا

كل هؤلاء الأشخاص ، لم يبق الا الخلف الخاص ومن في حكمهم ، وهم

(٢٢) مجلة القانون والاقتصاد ١١ — ٣ — ٢٣ — ٣٢ ، وانظر في هذا
المعنى دى هلتس نبذة ٧١ ، وديمولوب جزء ٢٩ نبذة ٥٢١ ، وفوزييه هرمان
المادة ١٣٢٨ نبذة ٢٢ الى ٣٧ ، والدكتور عرفة ص ١٦٣ •
(٢٣) نقض فرنسي ٢٨ يونيو ١٨٧٥ مسرى ١٨٧٥ — ١ — ٣٠٩ ،
دالوز ١٨٧٥ — ١ — ٤٦٦ ، أوبري ورو ج ١٢ ص ٢٣٥ ، بلانويول وريبير
ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، دى هلتس كلمة actes نبذة ٧٨ ، والدكتور عرفة ص
١٦٤ ، قارن دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٣ و ٧٩٤ رابعا •
(٢٤) بلانويول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، وانظر تعليقات فوزييه هرمان
الجديدة على القانون المحدث سنة ١٩٢٨ المادة ١٣٢٨ نبذة ٤ والمراجع
المذكورة فيها ، قارن دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٣ ب •

الأشخاص الذين تلقوا من السلف حقا متعلقا بمال معين من أمواله . هؤلاء هم الوحيدون الذين يختلف مركزهم بالنسبة لتصرفات السلف المتعلقة بذات المال الذى ترتب لهم حق فيه تبعا لتاريخ تلك التصرفات . فهم يعتبرون من الخلف بالنسبة لهذه التصرفات اذا كانت سابقة على ثبوت حقهم ويتعدى اليهم أثرها ، ويعتبرون من الغير بالنسبة لآثار التصرفات اللاحقة ولا تتعدى اليهم هذه الآثار .

فاذا كان تاريخ تلك التصرفات ثابتا بوجه رسمى ، فان ذلك يكفى لتعيين مركز هؤلاء الأشخاص بالنسبة لآثار تلك التصرفات من حيث اعتبارهم خلفا أو غيرا . أما اذا كان تاريخها غير ثابت ، فيفشى أن يقدم التاريخ المدون فى المحرر المثبت لها عن حقيقته — اضرازا بهؤلاء الأشخاص — لجعلهم من الخلف حيث كان يحق لهم أن يعتبروا من الغير .

اذلك وضع المشرع القاعدة الواردة فى المادة ٢٢٨ ، وبمقتضاها أنشأ ، غيما يتعلق بالمحررات العرفية التى ليس لها تاريخ ثابت ، قرينة قانونية قاطعة على أن الشخص الذى تلقى من أحد موقعى المحرر حقا ثابتا متعلقا بمال معين من أمواله يعتبر من الغير لا من الخلف بالنسبة لآثار التصرفات المدونة فى تلك المحررات ، أو بعبارة أخرى ان المشرع افترض فرضا غير قابل لاثبات العكس أن التصرف المدون فى المحرر العرفى الذى ليس له تاريخ ثابت هو فى الحقيقة لاحق لثبوت حق الخلف الخاص ، ولو كان ذلك المحرر يحمل تاريخا سابقا . فلا يجوز لمن يمسك بالمحرر العرفى غير ثابت التاريخ أن يطلب الاذن له باثبات حقيقة ذلك التاريخ بغير الطرق المنصوص عنها فى المادة ٢٢٩ (٢٥) . وقد طبق المشرع هذه القاعدة فى باب الايجار اذ نص فى المادة ٣٨٧/٤٧٤ على أن الايجار يفسخ ببيع الشئء المستأجر اذا لم يكن لسند الايجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ البيع الثابت رسميا .

اذن الأشخاص المقصودون بالغير في المادة ٢٢٨ هم أولا وقبل كل شيء الخلف الخاص الذين تلقوا من أحد موقعي المحرر حقا ثابتا متعلقا بموضوع التصرف المدون في المحرر الذي ليس له تاريخ ثابت . ويكتفى منهم بأن يثبتوا الحق الذي تلقوه ، فلا يحتاج عليهم بتاريخ المحرر العرفي المثبت لتصرف متعلق بموضوع هذا الحق (٢٦) .

ولكن أينفرد الخلف الخاص بهذا المركز الممتاز ، أم أن هناك أشخاصا آخرين يمكن أن يوجدوا في مثل هذا المركز ٠٩

من البدهي أن المتعاقدين لا يمكن أن يوجدوا في مثل هذا المركز ، وكذلك الأصلاء بالنسبة للنائبين عنهم في توقيع المحرر ، ومن الواضح أيضا أن الورثة أي الخلف العام يكون ثبوت حقهم في الارث تاليا لجميع تصرفات المورث ، اذ بوفاة المورث تصبح جميع المحررات الصادرة منه ثابتة التاريخ قبل الوفاة ، أي قبل ثبوت حق الورثة ، فلا يكون الورثة في مثل مركز الخلف الخاص . والدائنون أيضا مادام ليس لهم الا حق الضمان العام على ذمة مدينهم المالية ، فانهم لا يكونون في مثل مركز الخلف الخاص (٢٧) .

أما اذا أوقع الدائنون الحجز على مال معين من أموال مدينهم ، سواء كان هذا المال منقولا أو عقارا أو دينا لمدينهم في ذمة الغير ، فقد رتب القانون على الحجز حبس هذا المال ووضعه تحت يد القضاء على ذمة الدائنين الحاجزين حتى يستوفوا من ثمنه حقوقهم (٢٨) .

(٢٦) انظر فوزيه هريان على المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٩ — ٤٦ .

(٢٧) دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ رأبما .

(٢٨) بوردى ج ٤ نبذة ٢٣٥٩ ، بلانيول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٥٤٤ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ب ، دى هلفس كلمة actes نبذة ٧٨ ، وانظر المادة ٤٧١ مرافعات والمواد ٥٤٣ مرافعات وبا يليها ، وراجع الدكتور محمد حامد فهمي في تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية سنة ١٩٣٧ نبذة ١٨١ ونبذة ٢٥٨ ونبذة ٢٣٣ =

ومعنى حبس المال المحجوز على ذمة الدائن تعلق حق الدائن بالمال المحبوس . فالدائن الحاجز يترتب له بحكم القانون حق خاص على المال المحجوز ، فيوجد بذلك في مثل مركز الخلف الخاص (٢٩) ، ويثبت مثل هذا الحق الخاص أيضا لكل دائن يتدخل في اجراءات التنفيذ بعد توقيع الحجز على مال معين ، أو يقوم بأى اجراء يرتب عليه القانون ما يترتب على الحجز من حقوق .

فيجدر بنا أن نعرض حالات الدائنين العاديين المختلفة التى يعتبرون فيها من الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ .

إذا أوقع الدائن حجزا تنفيذيا على مال منقول من أموال مدينه ، فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا المال بالذات ، كمقد بيع مثلا (٣٠)

وإذا أوقع الدائن حجزا على عقار للمدين وسجل هذا الحجز (فى القانون المخطئ) أو سجل ضده تنبيه نزع الملكية (فى القانون الأهلى) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا العقار الا اذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تسجيل الحجز أو على تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣١) .

= وما يليها ، وعبد الفتاح السيد واحمد قمحة فى التنفيذ سنة ١٩٢٤ ص ٢٤٩ و ص ٣٨٤ وما يليها .

(٢٩) انظر استئناف مخطط ٢٥ مارس ١٩٣٦ (٤٨ ص ١٩٩) المحابة ١٧ — ١٩٣٦ — ٤٧٣ ، والدكتور عرفة ص ١٦٥ .
(٣٠) انظر بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ ب ، لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٣ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ، وتعليقات فوزييه هريمان الحديثة على المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٩ وما يليها ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، نشأت فى الاثبات ص ١٢٢ نبذة ٢٠٢ .

(٣١) نقض معنى مصرى ١٩ يناير ١٩٣٣ القانون والاقتصاد ٣ — ٧٣ — ٩٠ ومجموعة القواعد القانونية ١ — ١٦٥ — ٩٣ ، ٦ يونيه ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ — ٧٥٨ — ٢٨٢ ، السنهورى فى الموجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، ونشأت فى الاثبات ص ١٢٣ نبذة ٢٠٢ ، والمراجع الاخرى السابقة .

وإذا أوقع الدائن حجزا على مال المدين لدى الغير ، فلا يجوز الاحتجاج عليه بتاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه بشأن هذا المال (والغالب أن يكون دينا) الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى . فمثلا لا يجوز للمحجوز لديه أن يتمسك قبل الدائن الحاجز بتاريخ محررات عرفية يستند اليها في اثبات ابرائه من الدين ، أو استبدال الدين ، أو حصول مقاصة بينه وبين دائن آخر ، الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى ، وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى (٣٢) . ولا يستثنى من ذلك الا المخالصات الصادرة من المحجوز عليه للمحجوز لديه عن الدين المحجوز ، اذ أنه من المسلم به فقها وقضاء أنها تكون حجة بتاريخها على الدائن الحاجز بالرغم من عدم نص القانون على ذلك (٣٣) . وقد حار الفقهاء فى تعليل هذا الاستثناء ، ولكنهم سلموا جميعا بضرورته من الناحية العملية ، نظرا لما كان يقع على المدينين من ارهاق لو ألزموا بتسجيل تاريخ المخالصات التى تعطى لهم عن كل قسط يسددونه من ديونهم . ولم يجدوا سندا لهذا الاستثناء الا الرجوع الى تقاليد القانون الفرنسى القديم وعدم توافر أى دليل على أن واضعى قانون نابوليون قد قصدوا الخروج على هذه التقاليد (٣٤) .

أما المحاكم الفرنسية ، فلم تعتبر الدائن الحاجز فى هذه الحالة من

(٣٢) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ ب ، أوبرى ورو ج ١٢ نبذة ٧٥٦ والهامش ١٢٢ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥١ ، وانظر فى الفقه البلجيكي لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٤ ، ودى باج ج ٣ ص ٧٤٣ ، وتعليقات Beljens على القانون المدنى البلجيكي المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٦ و ٥٧ ، وفى الفقه المصرى دى هلتنس actes نبذة ٧٩ ، وقارن نشأت فى الاثبات ص ١٢٥ نبذة ٢٠٣ و ٢٠٢ مكرر .

(٣٣) ديپولومب ج ٢٩ نبذة ٥٣٩ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٧٨ ، بلانبول وريير ج ٧ نبذة ١٤٨٦ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ١٩٠ ، كولان وكليبتان ج ٢ نبذة ٤٥٥ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٢ ، نشأت نبذة ٢٠٣ ، دى هلتنس نبذة ٧٩ ، نقض فرنسى مدنى ٢٩ أكتوبر ١٨٩٠ سبرى ١٨٩١ — ١ — ٢٠٥ دالسوز ١٨٩١ — ١ — ٤٧٥ ، استئناف مصر ٢٢ يناير ١٩٣٦ الحامية ١٧ — ١١٦ — ٥٧ ، استئناف مخطط ٣ يونيه ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤٦٣) .

(٣٤) انظر ديپولومب ج ٢٩ نبذة ٣٩ والمراجع الاخرى السابقة . وقارن الدكتور عرفة ص ١٦٦ .

الغير (٣٥) • والظاهر أنها تأثرت في ذلك باعتبارين : أولهما عملي ،
والثاني فقهي •

فمن الناحية العملية ، كانت المحاكم تشعر بضرورة جعل المخالفات
التي يتمسك بها المحجوز لديه ضد الدائن الحاجز حجة بتاريخها على
هذا الأخير ، دون التفات الى ما لهذه الحجة من صفة استثنائية كما
رأينا • ومن الناحية الفقهية رأيت أن الدائن الحاجز انما هو في الواقع
يستعمل حق مدينه قبل مدين المدين ، فيعتبر نائب عنه كما في الدعوى غير
المباشرة ، ولا يصح اعتباره من الغير •

ولكن يرد على هذا الاعتبار الأخير بأن الدائن الحاجز — ولو أنه
يطالب بحق مدينه ويعتبر الى حد ما خلفا له على هذا الحق — انما يطالب
بهذا الحق لنفسه ويوقع الحجز عليه لمصلحته ضد مدينه ، ويرتب له
القانون من وقت هذا الحجز حقا خاصا يتعلق بالمال المحجوز عليه تحت
يد الغير ، مظهره حبس ذلك المال عن المدين المحجوز عليه • ولا فرق في
ذلك بين المحاجز تحت يد الغير والحاجز على منقولات أو عقارات مملوكة
للمدين ، فكلاهما يصبح في مثل مركز الخلف الخاص ، أي أنه يتوقف
اعتباره خلفا أو غيرا على ثبوت تاريخ التصرفات الصادرة من مدينه ،
فيستفيد من الحماية التي قررتها المادة ٢٢٨/٢٩٣/١٣٢٨ •

وقد أخذت بذلك المحاكم البلجيكية (٣٦) •

والمرشح نفسه قد أورد في باب الحوالة نصا يدل على انه يعتبر
الدائن الحاجز تحت يد الغير من الأشخاص الذين لا يحتج عليهم بتاريخ

(٣٥) نقض فرنسي ٢٩ أكتوبر ١٨٩٠ السابق الإشارة اليه ، وانظر
ايضا استئناف مخطوط ٢ يناير ١٩٣٠ (٤٢ ص ١٤٠) •
(٣٦) جان Gand ٢٦ نوفمبر ١٨٩٠ بازيكريزي بلج ١٨٩١ — ٢ —

المحرر العرفي ما لم يكن ثابتا بوجه رسمي . فقد نص في المادة ٣٤٩/٤٣٦ على أن حوالة الحق لا تنتقل ملكية الحق المحال به بالنسبة لغير المتعاقدين الا من وقت قبول المدين اياها بورقة ثابتة التاريخ أو من يوم اعلانه بها اعلانا رسميا . فاذا أوقع زيد حجزا على ما لمدينه بكر لدى محمد ، وحول بكر حقه قبل محمد الى أحمد برضاء محمد ، فان أحمد لا يجوز له التمسك بالحوالة ضد زيد الا اذا كان رضاء محمد بها ثابت التاريخ بوجه رسمي قبل توقيع الحجز . أما اذا لم يثبت تاريخ ذلك الرضاء بوجه رسمي ، أو أثبت ولكنه كان تاليا لتاريخ الحجز ، فانه لا ينفذ في حق الدائن الحاجز (٣٧) .

ومن المعلوم أن توقيع أى حجز من هذه الحجوز الثلاثة لا يكسب الدائن الحاجز امتيازاً يتقدم به على الدائنين الآخرين في استيفاء دينه من ثمن المال الذي أوقع الحجز عليه ، بل يدع الباب مفتوحاً أمام كل واحد من الدائنين الآخرين ، كي يتدخل اذا شاء في اجراءات التنفيذ في أية لحظة قبل تسليم ثمن المحجوز عليه الى الدائن الذي أوقع الحجز (أو قبل وضع قائمة التوزيع) ، ويستفيد مثله من حبس المال المحجوز عليه ، ويعتبر مثله من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ ، فلا يحتج عليه بتاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه بشأن المال المحجوز عليه (٣٨) .

فاذا كان أحد هؤلاء الدائنين يدعى لنفسه حق التقدم على غيره في استيفاء دينه من المال المحجوز عليه ، فان المهررات العرفية التي يستند اليها في ثبوت حق التقدم له لا تكون نافذة في حق الدائنين الآخرين المتدخلين في اجراءات التنفيذ. الا اذا كانت ذات تاريخ ثابت بوجه رسمي في الوقت المناسب .

(٣٧) انظر دى ملتس actes نبذة ٨٠ .

(٣٨) انظر استئناف مخطوط ٧ يونيه ١٩٢٨ (٥٠ ص ٣٥٢) .

وقد طبق القانون ذلك في باب رهن المنقول حيث نص في المادة ٦٧٢/٥٤٩ على أن هذا الرهن لا ينفذ في حق الغير إلا اذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي . فاذا أوقع الحجز على المال المرهون ، جاز لكل واحد من الدائنين العاديين المتدخلين في اجراءات التنفيذ أن يعتبر نفسه من الغير ، فلا يحتج عليه بتاريخ الرهن ما لم يكن ثابتا بوجه رسمي (٣٩) .

كذلك اذا كان أحد الدائنين يتمسك بحق اختصاص تقرر له على المال المحجوز عليه بناء على حكم غيابي قبله المحكوم عليه غامتع سقوطه بمضى ستة أشهر ، فان هذا الدائن لا يستطيع أن يحتج ، على الدائنين الحاجزين ، بتاريخ الحرر العرفي المثبت لقبول المحكوم عليه هذا الحكم الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمي ، لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا التاريخ (٤٠) .

وينطبق ذلك أيضا اذا زاحم الدائنين المشتركين في اجراءات التنفيذ شخص يتمسك بأنه — بصفته كفيلا للمدين في دين مضمون برهن — قد أدى عنه هذا الدين وحل محل الدائن المرتهن في التأمينات ، فان عقد الكفالة الذي يستند اليه في الحلول لا يمكن أن يفيد الا اذا كان سابقا على وفاته الدين ، فلا يحتج بتاريخه على الدائنين الآخرين الا اذا كان ثابتا بوجه رسمي (٤١) .

نصت المادة ٤٦٠ مدني أهلى على أنه يجوز لأرباب الديون

(٣٩) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦١ ، اوبرى ورو ج ١٢ ص ٢٣٩ ،
بلائيول وريير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٤٥٤ ، نشات
نبذة ٢٠٩ .
(٤٠) استئناف مختلط ٦ مارس ١٩٣٤ (٤٦ ص ١٦٨) ، ٢٥ مارس
١٩٣٦ (٤٨ ص ١٩٩) المحلماة ١٧ — ٩٣٦ — ٤٧٣ ، نشات نبذة ٢١٠ ،
هيك ج ٨ نبذة ٢٥٠ والمراجع الأخرى السابقة .
(٤١) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٥٣ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦١ ، جوسران
ج ٢ نبذة ٨٩٠ ، نشات نبذة ٢١١ .

الشخصية التي على أحد الشركاء أن يعارضوا في إجراء القسمة عينا
وفي بيع المال بغير دخولهم في ذلك • وخولت المادة ٥٥٧ مختلط مثل هذا
الحق أيضا لدائني الشركة ذاتها ، واعتبرت المادة ٥٥٨ مختلط « المعارضة
الحاصلة منهم أو من أرباب الديون التي على أحد المتقاسمين الآخرين • •
بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير » • وبناء على ذلك يعتبر من الغير
بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ الدائن الذي أعلن معارضته في القسمة
أي انه لا يجوز الاحتجاج عليه بتاريخ المحررات العرفية الصادرة من
مدينه بالتصرف في نصيبه في الشركة (٤٢) •

أما اذا رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه بناء على المادة
١٤١/٢٠٢/١١٦٦ ، فيرى أكثر الشراح أن الدائن اذ يستعمل الدعوى
غير المباشرة يعتبر نائبا عن مدينه ، فلا يمكن اعتباره من الغير في عرف
المادة ٢٢٨ ، بل يحتج عليه بتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينه
بالتصرف في المال المشاع (٤٣) • ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي
الى القول بأن القانون يمنح الدائن الذي يكتفى باعلان معارضته في
القسمة حماية أكثر من التي يمنحها للدائن الذي يرفع دعوى القسمة
بنفسه ، في حين أن الواجب يقضى ألا تقل حماية هذا عن حماية ذاك •
وعندى أن عيب هذا الرأي راجع الى الخطأ في تكييف مركز الدائن رافع
الدعوى غير المباشرة بوجه عام •

إذا استعمل الدائن حقوق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير
المباشرة ضد مدين مدينه ، فمن المسلم به أنه يعتبر نائبا عن مدينه ،
ويجوز الاحتجاج عليه بكافة الدفوع التي يحتج بها على مدينه • وبناء

(٤٢) انظر ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٤٩ ، لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٧ ،
بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ هـ ، فوزيه هرمان على المادة ١٣٢٨ نبذة ٤٧ ،
نشأت ص ١٢٦ نبذة ٢٠٦ •
(٤٣) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٥٨ ، لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٦ ، نشأت ص
١٢٦ نبذة ٢٠٦ •

على ذلك يرى الفقه والقضاء أن المحررات العرفية الصادرة من مدينة بشأن الحق موضوع الدعوى غير المباشرة تكون حجة عليه بكل ما دون بها ، بما في ذلك تاريخها ، أى انه لا يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التاريخ (٤٤) •

وواضح أن القول بهذا الرأي يسمح للمدين الذي رفع دأئنه الدعوى باسمه أن يتواطأ مع مدينه ، فيعطيه محررا عرفيا مثبتا لمخالصة أو لإبراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التي كان يسعى اليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة • ومعنى ذلك أن تخويل المشرع للدائن حق رفع هذه الدعوى ان هو الا محض عبث • ونحن ننزه المشرع عن العبث •

وقد يقال تعزيزا لهذا الرأي ، انه مادام الدائن يعتبر في هذه الدعوى نائبا عن مدينه ، فيجوز للمدين — وهو الأصل — أن يتصرف في أى وقت في حقه ، فيحتج بتصرفه ، مهما كان تاريخه ، على نائبه — أى الدائن رافع الدعوى — ، ويتفد هذا التصرف — مهما كان تاريخه أيضا — في حق خلفه العام ومن في حكمه من الدائنين ، ومنهم هذا الدائن نفسه • فمادام تقديم التاريخ أو تأخيرها لا يغير في نفاذ تصرف المدين في حق دائئه رافع الدعوى غير المباشرة ، فلا يمكن اعتبار هذا الدائن من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من المدين •

غير أن هذا القول لا يفيد الا في أن يحملنا على أن نتساءل أصحح أن مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة يتمخض عن كونه نائبا عن

(٤٤) بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٥٨ ، لوران ج ١٩ نبذة ٣٢٦ ، هيك ج ٨ نبذة ٢٥٠ ، أوبرى ورو ج ١٢ نبذة ٧٥٦ ص ٢٣٥ ، ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٤٢ ، بلانويول وريبير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، دى باج ج ٣ نبذة ٧٩٤ ، دى هلتس تحت كلمة actes نبذة ٦٨ ، نقض فرنسى ٢٨ يونيو ١٨٧٥ سرى ١٨٧٥ — ١ — ٣٠٩ دالوز ١٨٧٥ — ١ — ٤٦٩ ، استئناف مخطط ٣ يونيو ١٩٢٦ (٢٨ ص ٤٦٣) •

مدينه ، ودائنا عاديا له ، شأنه في ذلك شأن الدائنين الذين يعتبرون في حكم خلفه العام ؟ وظاهر أنه لو صح هذا لكانت هذه الدعوى عبثا ولأحجم الدائنون عن استعمالها . أما الواقع فهو أن الدائن ، اذ يرفع الدعوى باسم مدينه ، انما يرفعها لمصلحة نفسه ، حتى يستوفي من حاصلها حقه ، فهو في هذه الدعوى كما يقول ديملومب أصيل عن نفسه ونائب عن مدينه (٤٥) .

ولأن الدائن يرفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه ، يصبح له حق خاص على موضوعها . واذا كان الشراح قد اختلفوا فيما يجب لنشوء هذا الحق الخاص للدائن على المال موضوع الدعوى غير المباشرة التي يرفعها ، فاشتراط بعضهم لذلك ضرورة استحصال الدائن الذي يريد رفع الدعوى غير المباشرة على حكم قضائي باحلاله محل مدينه *suzrogation judiciaire* (٤٦) ، وقال الآخرون بعدم ضرورة ذلك (٤٧) ، فانهم اتفقوا على أن استعمال الدعوى غير المباشرة يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال محبوسا عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يتصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أى عمل يضر الدائن (٤٨) ، أو بعبارة أخرى كما يقول لابييه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار (٤٩) .

(٤٥) ديملومب ج ٢٥ نبذة ١١٣ .

(٤٦) أوبري ورو ج ٤ نبذة ٣١٢ هلمش ٤ والمراجع المذكورة فيه .

(٤٧) ديملومب ج ٢٥ نبذة ١٠٤ وما بعدها والمراجع المذكورة فيه .

(٤٨) ديملومب ج ٢٥ نبذة ١٢٠ .

(٤٩) Labbé, Etude sur l'art. 1166, Revue Critique, 1856, No 25 (٤٩)

«Du jour où le créancier a commencé à exercer les droits de son débiteur, les effets de la saisie sont produits... ; que le droit ne peut pas être aliéné par le débiteur ; que ce dernier ne peut plus faire aucun acte qui nuise à son créancier ; que s'il transige avec un tiers, ou si une compensation devient possible, le créancier n'en souffrira pas.»

ومادام الأمر كذلك ، فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كمركز الدائن الحاجز حجزا تنفيذيا ، وبالتالي فإنه يشبه مركز الخلف الخاص ، من حيث أنه يعتبر في حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة ، فيُضَرَّه مجرد تقديم تاريخ هذه التصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر — خلافا للرأى السائد — من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى .

وبهذا يتضح خطأ ما ذهب اليه القضاء الفرنسى من عدم حسابان الحاجز تحت يد الغير غيرا بالمعنى المقصود فى المادة ١٣٢٨ ، وفى استناده فى ذلك الى القياس على حجية المحررات العرفية بتاريخها على الدائن رافع الدعوى غير المباشرة ، باعتبار هذه الحجية قضية مسلمة ، بينما هى فى الواقع قضية لا ينبغى التسليم بها مطلقا .

نصت المادة ٢١٦/٢٢٤/٤٤٣ من قانون التجارة على أنه يترتب على الحكم بائسهار افلاس التاجر رفع يده عن ادارة أمواله ، فاذا كان التاجر قد تعامل مع غيره معاملة مدنية بمحرر عرفى بشأن عين من الأعيان المملوكة له ، ثم تمسك المتصرف اليه بهذا المحرر فى مواجهة دائئى التفليسة باعتبار تاريخه سابقا على الحكم بائسهار الافلاس ، أفىكون هذا التاريخ حجة على دائئى التفليسة ، يجب عليهم اذا أرادوا الطعن فيه أن يثبتوا عدم صحته ، أم يعتبرون من الغير بالنسبة اليه ويكفيهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته بوجه رسمى حتى لا ينفذ ذلك التصرف فى حقهم ؟

يرى فريق من الشراح أن دائئى التفليسة يحلون محل التاجر المفلس فى ادارة أمواله ومباشرة حقوقه ، وبناء على ذلك يعتبرون نائبين

عنه ، وتكون محرراته العرفية حجة عليهم بتاريخها الى أن يتمكنوا من اثبات عدم صحة هذا التاريخ (٥٠) . ولكن الفريق الآخر من الشراح يرى أن الحكم باشهار الافلاس لا يترتب عليه رفع يد المدين عن ادارة أمواله فحسب ، بل يترتب عليه أيضا نشوء حق للدائنين على أموال المفلس كالحق الذي يقرره القانون للدائن الحاجز على المسال المحجوز عليه ، وبناء على ذلك يعتبر دائنو المفلس كما يعتبر الدائن الحاجز من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ المحررات العرفية الصادرة من مدينهم (٥١) . ومما يؤيد القول بترتب هذا الحق لدائني المفلس ما ورد في المادة ٢٢٧/٢٣٥/٤٦ تجارى من أنه اذا حصل من المدين ، بعد الوقت الذي اعتبرته المحكمة وقت وقوفه عن دفع الديون أو في ظرف الأيام العشرة التى قبله ، عقد تبرع ينقل ملكية منقول أو عقار ، أو اذا وفى ديناً لم يجل أجله بنقود أو بحوالة أو ببيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بغير ذلك ، يكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغياً ، ولا يعتد به بالنسبة لروكية المدينين . . . فلو أن المشرع قصد ألا يترتب على الحكم باشهار الافلاس سوى مجرد رفع يد المدين عن ادارة أمواله لما كانت به حاجة الى النص على ابطال بعض التصرفات السابقة على هذا الحكم . أما نصه على ابطال هذه التصرفات فيستفاد منه أنه رتب للدائنين حقاً خاصاً على أموال المفلس وأنه ما أبطل هذه التصرفات الا لأن فيها شبهة المساس بذلك الحق (٥٢) .

من المعلوم أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية يطعن فى تصرف صدر من مدينه وترتب عليه خروج بعض أموال المدين من ذمته المالية ،

(٥٠) ديولومب ج ٢٩ نبذة ٥٤٣ ، أوبرى ورو ج ١٢ نبذة ٧٥٦ ص ٢٣٦ ، لارومبيير ج ٦ ص ١٤٤ المادة ١٣٢٨ نبذة ٣٦ ، ليون كان ورينوفى شرح القانون التجارى ج ٧ نبذة ٤٧٧ .
(٥١) لوران ج ١٩ نبذة ٣٣٠ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ مقرة ج ،
تالير فى شرح القانون التجارى الطبعة الثانية نبذة ١٦٧٩ .
(٥٢) قارن تشات نبذة ٢٠٨ .

ويطلب اعتبار هذا التصرف غير نافذ في حقه حتى تحسب هذه الأموال باقية بالنسبة اليه في ذمة مدينه ويستطيع التنفيذ عليها ، ومن المعلوم أيضا أنه يشترط في هذه الدعوى : (١) أن يكون المدين معسرا ، (٢) وأن يكون التصرف المطعون فيه تاليا لحق الدائن ، (٣) وأن يكون هذا التصرف حصل من المدين (في المعاوضات) بطريق الغش ، أى بقصد الاضرار بالدائن . فإذا كان تصرف المدين بمحرر عرفى وأراد أن يسد الطريق على الدائن ، هداه ذلك الى تقديم تاريخ المحرر وجعله سابقا على حق الدائن . أمكنه هذا التاريخ حجة على الدائن حتى يزيل الدليل على عدم صحته ، وحتى يستطيع تعيين حقيقة التاريخ التالى لثبوت حقه هو ، أم يعتبر الدائن من الغير ويستفيد من القرينة التى أنشأتها المادة ٢٢٨ ، فيكتفى منه بالتمسك بعدم ثبوت تاريخ ذلك التصرف بوجه رسمى ، حتى يفرض فى التاريخ العرفى أنه تال لحق الدائن ؟

يقول الشراح بهذا الرأى الأخير ، وحجتهم فى ذلك أن المدين الذى يتصرف بقصد الاضرار بدائنه ، يرتكب غشا ضد هذا الدائن ، يتعذر معه اعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ هذا التصرف ، فلا يصح أن يحتج معه اعتباره ممثلا له ، وان الدائن الطاعن فى تصرف مدينه انما يخاصم مدينه ، ويطلب اعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ هذا التصرف ، فلا يصح أن يحتج عليه بتاريخ المحرر المثبت لهذا التصرف (٥٣) .

ولكنى أميل الى مخالفة هذا الرأى للأسباب الآتية :

١ — ان حالة الدائن رافع الدعوى البولصية تختلف عن الحالة التى من أجلها أنشأ المشرع القرينة المنصوص عنها فى المادة ٢٢٨ . فقد رأينا أن هذه القرينة أنشئت لحماية الأشخاص الذين يتوقف اعتبارهم

(٥٣) انظر ديولوجمب ج ٢٩ نبذة ٥٥٠ ، هيك ج ٧ نبذة ٢١٩ ، سودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٦٠ د ، كولان وكليتان ج ٢ نبذة ٢٦٦ ، لوران ج ١٦ نبذة ٤٦١ ، دى باج ج ٣ نبذة ٢٢٧ ، دى هلس نبذة ٦٨ ، نشات نبذة ٢٠١ ، السفهورى فى الموجز نبذة ٦٣٨ ، الدكتور عرفة ص ١٦٧ .

خلفا أو غيرا بالنسبة للتصرف الصادر من شخص معين على ثبوت تاريخ هذا التصرف • أما الدائن رافع الدعوى البولصية ، فهو قبل رفع الدعوى ، وبناء على حق الضمان العام ، يعتبر في حكم خلف المدين • وإذا فرضنا جدلا أن رفع الدعوى يكسبه أى حق خاص ، فمادام التصرف المطعون فيه هو بالضرورة سابق على رفع الدعوى ، فإن هذا الحق الخاص لا يغير من اعتبار الدائن في حكم الخلف بالنسبة لذلك التصرف • واذن لا يكون لتقديم تاريخ التصرف أو تأخيره أى أثر في تكييف مركز الدائن رافع الدعوى البولصية من حيث انه في حكم الخلف •

٢ — ان القول بأن الدائن في هذه الحالة يخاصم مدينه ويتهمه بالغش ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ في حقه لا ينعين أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ ، وذلك لأنه اذا كان يكفى لاعتبار الدائن من الغير في الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك في عرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن اذا اتهم المدين بالغش ، فما ذلك الا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لتنفيذ التصرف المطعون فيه ، وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير مادام لم يحصل على هذا الحكم • فهو عند رفع الدعوى لا يزال يعتبر في حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفي المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه الى أن يثبت عدم صحته •

٣ — ان من شروط الدعوى البولصية أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد سبب اعسار المدين أو زاد في اعساره • ومعنى ذلك أنه يجب على الدائن أن يقيم الدليل على اعسار المدين وأن يعين الوقت الذى بدأ فيه هذا الاعسار وأن يثبت أن التصرف المطعون فيه معاصر لبدء الاعسار أو لاحق له • وبالتالي فإنه يقع عليه عبء اثبات حقيقة تاريخ العقد العرفي ، ولا يكتفى منه بعدم ثبوت هذا التاريخ بوجه رسمى •

٤ — ان ادعاء الدائن بتقديم تاريخ التصرف المطعون فيه ، ليس هو كل الغش الذى يشكو منه الدائن حتى يجوز له أن يتمسك فيه بالمادة

٢٢٨ ، وانما هو أحد عناصر الغش فقط ، بل هو عنصر اضافي ، اذ يمكن أن يكون تصرف المدين حاصلًا بقصد الغش ، دون أن يقدم تاريخه . ومن المسلم به أن الدائن يجب عليه اثبات الغش ، فليزمه أن يثبت جميع الوقائع التي يستفاد منها الغش ، ويجوز له ذلك بكافة الطرق . ولا محل للاستثناء واقعة تقديم التاريخ من هذه القاعدة التي تلقى عليه عبء الاثبات .

وقد يعترض على هذا الرأي بأن الدائن يستطيع ، بدلا من الالتجاء الى الدعوى البولصية حيث نكفه باثبات عدم صحة تاريخ المحرر المثبت للتصرف الذي أضر به ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المال المتصرف فيه باعتبار أنه لا يزال مملوكا لمدينه ، فيترتب له بالحجز حق خاص على المال المحجوز عليه يجعله في حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المثبت للتصرف اذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المذهب في تفسير القانون مشجعا للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذي يفتحه لهم سوء النية .

ولكن يرد على ذلك ، (أولا) بأن كل دائن يجوز له رفع الدعوى البولصية ليس حتما أن يملك توقيع الحجز ، لأن الأصل في توقيع الحجز أنه لا بد فيه من سند تنفيذي ، وهذا الشرط ليس مطلوبا في رفع الدعوى البولصية ، و (ثانيا) بأنه اذا كان الدائن حاصلًا على سند تنفيذي وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزا حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفي حجة عليه ، فان المتصرف اليه بهذا المحرر يجوز له أن يثبت علم الدائن بهذا التصرف قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومتى ثبت سوء نية الدائن ، فانه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحمي سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ حماية الأشخاص الذين يتخذون القانون ستارا

لارتكاب الغش (٥٤) .

ويمناسبة الغش في هذا الشأن ، أرى أن أشير الى الخلاف القائم بين الشراح فيما اذا كان الدائن رافع الدعوى البولصية يشترط فيه أن يكون السند المثبت لحقه ثابت التاريخ بوجه رسمى أو لا يشترط فيه ذلك ، وبعبارة أخرى فيما اذا كان يجوز للمتصرف اليه أن يتمسك ضد الدائن رافع الدعوى البولصية بالمادة ٢٢٨ أو لا يجوز له ذلك . والرأى الراجح أنه لا يشترط أن يكون تاريخ حق الدائن ثابتا بوجه رسمى ، وأنه يجوز للدائن أن يثبت بكافة الطرق أسبقية حقه على التصرف المطعون فيه (٥٥) .

وتعليل ذلك أن المتصرف اليه — والأصل فيه أنه يجوز له أن يتمسك بالمادة ٢٢٨ باعتباره خلفا خاصا — لا يسمح له بالاستفادة من الحماية التى قررتها هذه المادة ، مادام التصرف الذى نقل اليه الحق من المدين والذى جعله بذلك خلفا خاصا للمدين مطعون فيه بالغش ، ومادام الدائن مستعدا لاقامة الدليل على هذا الغش ، اذ أن الحق الذى يستند اليه الشخص فى تمسكه بالمادة ٢٢٨ يجب أن يكون منزها عن الغش (٥٦) .

(٥٤) انظر أوبرى ورو ج ١٢ ص ٢٤٥ هامش ١٣٧ ، ونقض فرنسى (عرائض) ٢١ يولييه ١٨٨٥ سبرى ١٨٨٧ — ١ — ١٧٥ ، (مبنى) ١١ يناير ١٨٨٢ سبرى ١٨٨٢ — ١ — ١٢٩ ، نشأت نبذة ١٣٥ ، مصر الاهلية ٢٩ مايو ١٩٢٧ الحماية ٩ — ٩٩٦ — ٥٣٩ ، وقد ورد فى هذا الحكم الآخر (ص ١٠٠٥) أن مبدأ التاريخ الثابت قد وُضع لحماية الغير حسن النية أى الذى لا يعلم بسبق حصول التصرف ، بحيث لا يجوز لمن كان يعلم من قبل بالتصرف أن يتمسك بهذا المبدأ .

(٥٥) انظر ديملوب ج ٢٥ نبذة ٣٣٤ ، بودرى ج ١٢ نبذة ٦٩١ ، أوبرى ورو ج ٤ نبذة ٣١٣ هامش ١٥ ص ٢٢١ ، دى هلتس فى الدعوى البولصية نبذة ٥٠ ، والتون ج ٢ ص ١١٤ ، نشأت نبذة ٢٠١ والاحكام والمراجع المشار اليها فيها . وعكس ذلك هيك ج ٨ نبذة ٢٥١ ، و ج ٧ نبذة ٢١٩ ، كولان وكابيتان ج ٢ نبذة ٢٦٦ ، جوسران ج ٢ نبذة ٦٩٦ ، لوران ج ١٦ نبذة ٤٣٧ ، دى باج ج ٣ نبذة ٢٢٧ ، السنهورى فى العقد ص ٧٨٥ هامش .

(٥٦) أوبرى ورو ج ٤ نبذة ٣١٣ هامش ١٥ ص ٢٢٢ حيث يقولان : =

وخلاصة القول في الدعوى البولصية أنه لا الدائن يعتبر من الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي المثبت للتصرف المطعون فيه ، ولا المتصرف اليه يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ سند الدائن ، وأنه يجب على كل منهما أن يقيم الدليل على عدم صحة تاريخ المحرر المثبت لحق خصمه اذا كانت له مصلحة في ذلك (٥٧) .

«Cet article, dont l'unique objet est de garantir, contre toute possibilité de fraude tentée à l'aide d'anti-dates, les tiers dont les titres ne sont d'ailleurs pas impugnés, est évidemment étranger à l'hypothèse dont il est ici question».

وانظر أيضا جوسران ج ٢ نبذة ١٩٠ فقرة أولى ، ونقض فرنسي مزائف ٣٠ مارس ١٩٢٥ سري ١٩٢٧ — ١ — ١٢٣ .

(٥٧) انظر في تأييدنا في هذا الرأي السهوري في الوسيط ج ٢ ص ٢١٠ وما بعدها حيث يقول : « وننتقل الان الى الدعوى البولصية ، وفيها ايضا لا يعتبر الدائن من الغير ، فهو وان لم يكن يعمل في هذه الدعوى ككاتب عن الدين ، بل يعمل باسمه الشخصي ، إلا أنه لا يزال دائنا عانيا لم ينتقل بعد الى مرحلة التنفيذ ... ونرى من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية ليس « قرا » ، ولذلك يحتج عليه بالتاريخ العرفي لتصرف مدينه ، الى أن يثبت عدم صحته ... وهذا الرأي يخالف اجماعا يكاد يتعمد عليه الفقه الفرنسي (ديولوج ٢٩ فقرة ٥٥٠ ، لوران ١٦ فقرة ٤٦١ ، هيك ٧ فقرة ٢١٩ ، بودرى لاكلتيزي وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٢٦٠ ، كولان وكابيتان ولامور أنديير ٢ ص ٧٤٩ ، بلانبول وريبير ورادوان ٧ فقرة ٩٥٧ ، بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ ، دى باج ٢ فقرة ٢٢٧) و اجماعا مماثلا يكاد يتعمد عليه الفقه المصري (دى هلنس فقرة ٦٨ ، عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٢٢٣ و ص ٢٢٥ ، أحمد نشأت ١ فقرة ٢٢١ ، محمد على عرمة في مقالة حجية الحررات العرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧ ، الصدة فقرة ١٢٥ ، الموجز فقرة ٦٢٨ ، وقد كنا في الموجز نسائر هذا الاجماع) .

ثم يضيف الاستاذ السهوري قوله : « ونحن هنا — في مخالفتنا لهذا الاجماع — نوافق الاستاذ سليمان مرقس فيما ذهب اليه من أن الدائن لا يعتبر غيرا في الدعوى البولصية (انظر مقاله المعروف في مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٧٩ — ص ٢٨٣ وكتابه في اصول الإثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) ، واليه يرجع الفضل ، هنا أيضا (اشارة الى ما قرره قبل ذلك في شأن عدم اعتبار الوارث من الغير في ثبوت تاريخ تصرف مورثه المطعون بصدره في مرض الموت) في تحرى المسألة وتجليتها ، لا ضد اجماع الفقه المصري محسب ، بل أيضا ضد اجماع الفقه الفرنسي .

يتضح مما تقدم أن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير في عرف المادة ٢٢٨ هم الخلف الخاص ، والدائنون الذين أوقعوا حجزا على مال معين من أموال مدينهم (سواء كان الحجز على منقول أو على عقار أو على حق للمدين لدى الغير) ، أو اتخذوا أى إجراء ، للمعارضة فى القسمة أو رفع الدعوى غير المباشرة أو المعارضة فى رفع الحجز الذى أوقعه الحاجز الأول ، مما ينشئ لمصلحة الدائن حقا خاصا يتعلق بمال معين من أموال المدين .

ويلاحظ أنه اذا تعدد الأشخاص الذين يعتبرون من الغير بهذا المعنى ، اعتبر كل منهم غيرا بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة للاخرين ، وجاز له أن يتمسك ضدّهم بالمادة ٢٢٨ (٥٨) .

١١ - استنباط تعريف الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨/٢٩٣

: ١٢٢٨

اكتفى أكثر الشراح ببيان الأشخاص الذين يعتبرون من الغير فى هذا المعنى ، دون أن يضعوا له تعريفا شاملا . والقليلون منهم عرفوه بأنه كل شخص لم يكن طرفا فى المحرر العرفى ، وكان حاصلا ، بمقتضى عمل قانونى صادر له من أحد موقعى المحرر أو بمقتضى نص فى القانون ، على حق خاص *droit propre* يؤثر فيه التصرف المدون فى المحرر العرفى ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق (٥٩) .

ويلاحظ على هذا التعريف ابهامه ، وتجهيله للحق الخاص *droit propre* الذى يجب أن يكون الغير حاصلا عليه ، أيا كان المقصود به حقا عينيا ، أم يكفى فى ذلك أى حق شخصى ؟ واذا كان مجرد الحق

(٥٨) نقض فرنسى ١٩ يوليه ١٩٣٣ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ ص ٥٤٦ .

(٥٩) انظر بلانيول وريبير ج ٧ ص ٨١٩ نبذة ١٤٨٤ ، وقارن دى باج

ج ٢ نبذة ٧١٤ .

الشخصى الذى يجعل صاحبه دائئا لا يكفى ، أفيكون كلفيا مثلا أن يقرر القانون لصاحب هذا الحق دعوى خاصة كدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن ، أو تصرفات المريض فى حق وارثه ؟

لقد حاول بعض الشراح أن يجلوا هذا الغموض ، فقال بعضهم انه يشترط أن يكون ذلك الحق حقا كسبه الشخص باسمه خاصة *en son propre nom* ، وقصدوا بذلك أن يستبعدوا الدائن الذى يستعمل الدعوى غير المباشرة (٦٠) . وقال آخرون فى بيان هذا الحق الخاص انه اما أن يكون حقا عينيا أو شخصيا كسبه ذلك الشخص من مدينه (أو من سلفه) قبل أن يصبح تاريخ المحرر العرفى المتنازع فيه ثابتا بوجه رسمى ، واما أن يكون حقا تلقاه من القانون ذاته ، لا من مدينه (أو سلفه) (٦١) .

ولكن هذه المحاولات لم تنجح فى جلاء ما غمض ، اذ لازلنا بعدها نتساءل عما اذا كان أى حق شخصى يثبت لدائن قبل ثبوت تاريخ محرر عرفى صادر من مدينه يكفى لاعتبار هذا الدائن من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، وكذلك مازلنا نتساءل عن طبيعة هذا الحق الذى يشترط أن يكون الشخص قد تلقاه من القانون مباشرة ، أهو حق عينى ، أم يكفى أن يكون حق دائنية ، أم يشترط أن يكون حقا من نوع خاص .

(٦٠) بلانيول وريبير ج ٧ ص ٨١٩ نبذة ١٤٨٤ .

(٦١)

«L'on accorde généralement le bénéfice de l'art. 1328 aux créanciers qui font valoir un droit propre, c.a.d. soit un droit réel ou personnel qu'ils ont acquis du débiteur avant que la date des actes litigieux fut devenue certaine, soit un droit qu'ils tiennent de la loi même et non de leur débiteur.»

انظر تعليقات نوزيه هرمان الجديدة على المادة ١٣٢٨ نبذة ٥٩ ونبذة ٣٩ ونبذة ٩٤ ، وانظر أيضا دى هلتس ج ١ ص ٦٧ وما بعدها ، وأستثناف مصر ١٦ أبريل ١٩٣٦ المحللة ١٧ — ٢١٠ — ٩٥ .

وعلى ضوء ما قدمت من بحث ، أستطيع أن أقول ان هذا الحق الخاص الذى يشترط توافره فيمن يعتبر غيرا بالنسبة لثبوت التاريخ لا بد أن يكون حقا متعلقا بمال معين هو ذات المال موضوع التصرف المدون فى المحرر المطلوب معرفة مدى حجبيته بتاريخه (٦٢) • فلا يكفي فيه أى حق شخصى ، ولا حق الضمان العام ، ولا حق الخلف العام ، مادام هو لم يتركز فى ذلك المال بالذات • ويجب فوق ذلك أن يكون هذا الحق نقيا خالصا ، أى غير مبني على غش • ولا يهم بعد ذلك أن يكون ناشئا من عمل قانونى صادر من أحد موقعى المحرر أو من نص فى القسانون ، مادام فى كلتا الحالتين يجب أن يكون حقا مركزا فى مال معين ، كحق المشتري فى العين المباعة وحق الدائن الحاجز على المال المحجوز عليه •

وبناء على ذلك يمكن أن نزيد التعريف الذى جرى به الفقه أيضاها بأن نقول ان الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٢٢٨ يشمل كل شخص لم يكن طرفا فى المحرر العرفى ولا ممثلا فيه ، وكان حاصلا بمقتضى عمل قانونى صادر لمصلحته من أحد موقعى المحرر أو بمقتضى نص فى القانون على حق خالص متعلق بمال معين من أموال الشخص المتقدم بهذا المحرر ، بحيث يؤثر فى حقه هذا ، التصرف المدون فى المحرر العرفى ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق •

١١ — مقارنة بين الغير فى الصورية والغير فى ثبوت التاريخ :

رأينا أن الغير فى الصورية يشمل الخلف الخاص بالنسبة للمحركات التالية لحقهم ، والدائنين العاديين اذا اختصموا مدينهم فى حقيقة موضوع المحرر المطعون فيه بالصورية • أما الغير فى ثبوت التاريخ ، فيقتصر على الخلف الخاص وبعض الدائنين العاديين الذين ترتبت لهم حقوق خاصة على مال معين من أموال المدين ، فالدائن الذى يرغم دعوى

الصورية باسم مدينه لا يعتبر غيرا بالنسبة للعقد المطعون فيه بالصورية ، في حين أنه اذا استعمل دعوى مدينه في المطالبة بحق هذا المدين لدى مدينه يعتبر غيرا بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من مدينه الى مدين مدينه .

فإذا قارنا مركز كل من هذين الفريقين من حيث عبء الاثبات ، وجدنا أن الغير في الصورية يقع عليه كما يقع على المتعاقدين نفسيهما عبء اثبات الصورية ، وأنه لا يمتاز عن المتعاقدين الا في أنه يجوز له اثبات الصورية بكافة الطرق ، في حين أن المتعاقدين يتعين عليهما اثبات الصورية بالدليل الكتابي ما لم يكن الغرض من الصورية الغش والاحتيال على القانون فيجوز لهما الاثبات بكافة الطرق . أما الغير في ثبوت التاريخ فيختلف عن لا يعتبر غيرا في أن التاريخ العرفي يكون حجة على هذا الفريق الأخير . وليس معنى هذه الحجة أنه لا يجوز اثبات عكسها ، بل معناها أن هذا التاريخ يعتبر حقيقيا الى أن يتمكنوا من اثبات عدم صحته ، في حين أنه لا تكون له أية حجة على فريق الغير ويجوز لهم أن يعتبروا حقيقته أنه تال لحقهم فلا يضارون به ، وهم ليسوا مكلفين اثبات عدم صحته .

فالغير في الصورية يجب أن يثبت عدم صحة العقد الظاهر بما في ذلك تاريخه ، أما الغير في ثبوت التاريخ فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت التاريخ ولا يقع عليه أى عبء من الاثبات .

وإذا كان الفرق من الناحية العملية بسيطا بين عبء الاثبات الذى يقع على المتعاقدين والخلف والغير في اثبات الصورية والعبء الذى يقع فيما يتعلق بثبوت التاريخ على المتعاقدين والخلف دون الغير ، اذ يجب على هؤلاء الأشخاص أن يثبتوا ، غالبا بكافة الطرق وأحيانا بالدليل الكتابي وحده ، عدم صحة ما دون في المحرر العرفي وحقيقة ما جرى بين المتعاملين به ، فإن الفرق عظيم بين مركز كل واحد من هؤلاء ومركز الغير في ثبوت التاريخ لأن هذا الغير يستند الى قرينة قانونية تجعل

تاريخ المحرر العرفي كأنه غير موجود بالنسبة اليه دون حاجة الى اثبات عدم صحة هذا التاريخ .

— ٢ —

تطبيق هذه المبادئ

على تاريخ المحررات العرفية المطعون فيها بصورها في مرض الموت

١٢ — أيعتبر وارث المريض مرض الموت من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ؟ : أشرت الى اختلاف المحاكم عندنا في هذا الشأن ، وذكرت أن غريقا منها يعتبر الوارث في هذه الحالة من الغير ، وأن غريقا آخر يعتبره خلفا ويجعل تاريخ المحررات العرفية حجة عليه ، وأن محكمة النقض اعتبرت الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه الصادرة منه في مرض الموت ، ولكنها جعلت عليه أن يثبت أن تاريخ المحرر العرفي ، السابق على مرض الموت ، هو في الحقيقة لاحق لبده هذا المرض (٦٣) .

ولكن بعد ما قدمت من بحث ، أصبح واضحا أن تكييف مركز الوارث لا يخرج عن واحد من اثنين : فاما أن يعتبر من الخلف ، فيكون المحرر حجة عليه بتاريخه بمعنى أن الوارث يتقيد بالتاريخ الذي يحمله المحرر ، ولكن يجوز له أن يقيم الدليل ، طبقا للقواعد العامة ، على عدم صحة هذا التاريخ وعلى التاريخ الحقيقي الذي حصل فيه العمل القانوني المدون في المحرر . فعليه أن يثبت أن هذا العمل قد تم في مرض الموت ، وأن تاريخه قدم عن حقيقته تهربا من أحكام القانون المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت . وبما أنه في هذه الحالة يريد

اثبات واقعة تعتبر غشاً أو احتيالا على القانون ، فيجوز له الاثبات بكافة الطرق .

واما أن يعتبر غيرا بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي ، فيكفيه أن يتمسك بالقرينة التي نصت عليها المادة ٢٢٨ ، حتى يعتبر كل محرر عرفي صادر من مورثه دون تاريخ ثابت أنه صدر من المورث بعد بدء المرض ، ويرتفع عن الوارث كل عبء في الاثبات ، وفوق ذلك يتمتع على الشخص الذي يتمسك بالمحرر العرفي أن يقيم الدليل على صحة التاريخ الذي يحمله هذا المحرر ، مادام هذا التاريخ غير ثابت بوجه رسمي طبقاً للمادة ٢٢٩ .

لذلك رأيت أن أعرض لكليتا النظريتين ، وأن أحل الأحكام والآراء التي أخذت بكل منهما ، ثم أختتم البحث باستخلاص الرأي الصحيح من أحكام محكمة النقض .

١٤ — النظرية الأولى : بدأت أحكام المحاكم أولاً بالأخذ بهذه النظرية ، فقررت محكمة مصر الأهلية بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٢٢ أن التاريخ العرفي الذي أقره المورث حجة على ورثته لأنهم يمثلونه ، وطبقت ذلك على عقد كان قد صدر من المورث بتاريخ عرفي سابق على مرض موته ، وأصبح له تاريخ ثابت بعد ذلك ، وطعن الورثة فيه بعدم حجية تاريخه العرفي بالنسبة لهم ، غرفت المحكمة هذا الطعن واعتبرت التاريخ العرفي حجة عليهم (٦٤) .

وقضت بمثل ذلك أيضاً محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٢٢ إذ اعتبرت التاريخ العرفي للعقد الصادر عن المورث حجة على الوارث باعتبار الوارث متلقياً حقه عن المورث (٦٥) .

(٦٤) المحاماة ٤ — ٨٤٧ — ٦٣٥ .

(٦٥) المحاماة ٣ — ١٥ — ٥ . وقد علقت مجلة المحاماة على هذا =

وبتاريخ ١٠ أبريل ١٩٢٨ طبقت محكمة الاستئناف ذلك على اقرار
بدين صادر من زوج الى زوجته في ورقة عرفية مؤرخة قبل مرض الموت
وثابتة التاريخ في فترة المرض ، وقد تمسك باقى الورثة بالتاريخ الثابت
كى يطبقوا على هذا الاقرار أحكام تصرفات المريض ، مستبعدين بذلك
التاريخ غير الثابت . فقضت المحكمة بأن التاريخ العرفي حجة على موقع
الورقة ، ومن ثم يعتبر حجة على ورثته ، فلا يجوز لهم التمسك بالمادة
٢٢٨ ، وانما كل ما لهم هو أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ أو أن
يطعنوا فيه بالتزوير ، وقالت : « وحيث انه من المبادئ المقررة قانونا أن
الموارث يخلف المورث في كل ما له وما عليه بالنسبة للحق الموروث ، وأن
العقد العرفي المأخوذ على المورث يصبح حجة على الوارث ، وأن للموارث
ما كان لمورثه ، وعليه ما عليه . فللوارث الطعن في التاريخ باعتبار أنه
وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، وله الطعن بالتزوير . . . الخ ،
وحيث أن شيئا من شتى طرق الطعن في التاريخ لم يحصل ، فوجب الأخذ
بالتاريخ العرفي . . . » (٦٦) .

وفي ١٤ يناير ١٩٣٤ قضت محكمة الاستئناف أيضا باعتبار التاريخ
العرفي للمصرر الصادر لأحد الورثة حجة على بقية الورثة الذين كسانوا

« الحكم بقولها : « ان الشراح الفرنسيين اختلفوا : فرأى يقول بما أخذ به
الحكم ، ورأى آخر يرى أن التاريخ ليس حجة على الورثة فيما بينهم لأن حقهم
في الطعن في تصرف مورثهم حق شخصي لهم ، ويقول انه اذا كان للمتعاقد
نفسه حق الطعن بصورية تاريخ العقد بكافة طرق الاثبات ، فلا أقل من أن
يعترف للورثة بهذا الحق فيما بينهم » (١١) وقد أشار الى هذا التطبيق الأستاذ
كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت ص ٢٩٨ ، ومعالى الهلالى باشا
والاستاذ حامد زكى في عقود البيع والحالة والمقايضة ، الطبعة الثانية
ص ٢٠٤ هامش ١ . والظاهر أن صاحب هذا التعليق كان يدور في خله
أن المقصود بحجية التاريخ العرفي على الورثة حجية مطلقة ، لا تنحل نقضا
بالدليل العكسي ، ولذلك انتقد هذه الحجة ، واستعان على استبعادها
بالاستشهاد بقواعد الصورية . ولكننا قد بينا أن الامر بخلاف ذلك . وأن الغير
في ثبوت التاريخ يختلف عن الغير في الصورية .

(٦٦) استئناف مصر ١٠ إبريل ١٩٢٨ الحماية ٨ - ٩٠٧ - ٥٤٢٧ .

يطعنون في هذا التصرف بصدوره في مرض الموت ، وألقت على هؤلاء الورثة عبء اثبات عدم صحة ذلك التاريخ (٦٧) .

وليست هذه النظرية في حاجة الى التدليل على صحتها بأكثر من ارتكازها على أصل مسلم به ، هو أن الوارث خلف عام للمورث ، فيكفيها الاستناد الى هذا الأصل الثابت ، ومناقشة حجج النظرية الأخرى القائلة بالخروج على هذا الأصل بالنسبة لحجية تاريخ المهررات المطعون فيها بصدورها في مرض الموت .

أما ما يخشى أن تؤدي الىه من الناحية العملية من مساعدة المورث على الاحتيال على القانون ، فيخفف منه أن للوارث الحق في اثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق . وإذا كان هذا الحق لا يكفل كشف الحقيقة

(٦٧) المحلحة ١٥ — ٢ — ٥٥٠ — ٢٦٠ وقد ورد في حيثيات هذا الحكم قوله :

« وحيث انه مما لا جدال فيه قانونا أن الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة لجميع التصرفات الصادرة من المورث اضرارا بحقوقه المكتسبة بحكم القانون ، فلا يصح والحالة هذه أن يحتج عليه بالتاريخ العرفي الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث اضرارا بحقوقه (١) . »
« وحيث انه وان كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف أن يتمسك في وجه باقى الورثة بالتاريخ العرفي الذى وضعه المورث ، الا انه لهؤلاء الورثة الحق في أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية — ومنها قرائن الاحوال — أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة ، وأنه وضع بقصد الإيهام بصدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات (١) » . وقد لفت نظرنا في هذا الحكم التناقض البادى بين هاتين الحيتين ، مما جعل بعض الشراح يستشهدون بهذا الحكم عند عرض النظرية العكسية (انظر كامل مرسى بك ص ٢٩٧ هامش ١ والدكتور عرفة ص ١٦٥ هامش ١) . والظاهر أن المحكمة اعتقدت خطأ أن القول بحجية التاريخ يتصد به الحجة المطلقة التى لا تقبل نقضا بالدليل العكسى ولذلك تأملت في حيثيتها الاولى انه لا يصح الاحتجاج بالتاريخ العرفى على الوارث ، كما اعتقدت أن عدم حجية التاريخ معناه جواز اثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق . ولذلك جعلت في حيثيتها الثانية على الوارث عبء اثبات عدم صحة التاريخ . وظاهر أن فهم الموضوع على هذا الوجه يخالف لحكم المادة ٢٢٨ . وربما كان هذا الذى وقع في روع المحكمة اثرا من آثار حكم الدوائر المتجمعة الصادر بتاريخ ٥ ابريل ١٩٢٨ والوارد ذكره فيها بعد .

في جميع الأحوال ، فإن الضرر الذى ينشأ من ذلك أخف كثيرا من ذلك الذى يترتب على الأخذ بالنظرية الثانية ، التى تؤدي الى أن الشخص اذا أصيب بمرض أدى الى وفاته ، يصبح جميع من تعاملوا معه طوال حياته بأوراق عرقية غير ثابتة التاريخ عاجزين عن الاحتجاج بهذه الأوراق على ورثته ، حتى لو كانوا مستعدين أن يقيموا هم الدليل على صحة تواريخ هذه الأوراق .

١٥ — النظرية الثانية : أخذت بالرأى الثانى محكمة مصر الأهلية فى حكم مطول لها بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٢٧ (برئاسة الأستاذ عبد السلام ذهنى) قررت فيه أن الوارث الذى يعطيه القانون حق الطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقا شرعيا يجعله ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير ، فلا يحتج عليه الا بالأوراق ثابتة التاريخ . واستدلت المحكمة على ذلك بقولها ان الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت ، انما يوجه هذا الطعن ضد مورثه بالذات فى وجه بقية الورثة ، فلا يمكن اعتباره خلفا وخصما لمورثه فى وقت واحد . واستشهدت على صحة ما ذهبت اليه بالفقه والقضاء الفرنسيين (٦٨) .

وفى سنة ١٩٢٨ أثبتت أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية مسألة اختصاص المحاكم الشرعية أو المحاكم الأهلية بالفصل فى الطعن فى صحة الوقف بسبب حصوله فى مرض الموت ، وهى مسألة لم تكن تمت الى موضوع ثبوت التاريخ بأية صلة ، ففصلت الدوائر المجتمعة فيها باختصاص المحاكم الأهلية ، وقد ورد فى حيثيات هذا الحكم : « ان المريض بمرض الموت اذا ما وقف ماله ولم يكن له وارث ، يكون وقفه بعيدا عن كل مطعن من ناحية مرضه . أما اذا كان له وارث فإنا الطعن محتمل غير محقق ، وقد يندفع بالاجازة من الوارث ، كما أن الواقف

إذا أبيل من مرضه لما جاز له الرجوع عن وقفه • ولا شك أن في هذه الظاهرة لأفصح بيان على أن الوقف في ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره • ولين لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشرع ثم القانون حكما لنفاذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث لا بصفته وارثا يمثل مورثه في كل حقوقه وعهوده ، بل بصفته أجنبيا tiers تعلقت له في ذمة الواقف حقوق ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي سن القانون لحمايته دعوى إبطال التصرفات من وقف أو بيع أو غير ذلك ••• « (٦٩) •

ولم يكن لنا أن نذكر هذا الحكم ، لبعده عن موضوعنا ، ولكن اضطرنا الى ذكره ما كان له من أثر واضح في الأحكام التالية المتعلقة بهذا الموضوع • فقد استندت اليه عدة أحكام ، أخص بالذكر منها حكم محكمة الاستئناف الصادر في ٢٧ مايو ١٩٢٩ حيث قرر : « أن التاريخ العرفي للورثتين المطعون فيهما وهو ••• لا عبارة به مطلقا بعد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة ••• بتاريخ ٥ أبريل ١٩٢٨ الذي قطع بأن الوارث الذي يطعن ضد سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبيا تعلقت له في ذمة المورث حقوق ••• « (٧٠) •

ومن الثابت أن حكم الدوائر المجتمعة لم يعرض مطلقا لتعريف الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ، بل اقتصر على وصف الوارث بأنه « أجنبى » في معرض الكلام عن نفاذ الوقف • فما كان يصح أن يستند اليه حكم ٢٧ مايو ١٩٢٩ ولا الأحكام الأخرى التي حذت جذوه ، لترتب على ذلك أن التاريخ العرفي للممرر المطعون بصدوره في مرض الموت لا يكون حجة

(٦٩) استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٥ أبريل ١٩٢٨ المحاماة ٨ — ٧٥٥ — ٤٦٠ •
 (٧٠) استئناف مصر ٢٧ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ — ٩٧٦ — ٥٢٧ ، انظر أيضا الاسكندرية الاهلية ١٦ نوفمبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ — ٥٦٨ — ٢٨٣ ، الجيزة الجزئية ٢٣ مايو ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ — ٦٨٦ — ٢٣٩ •

على الوارث ، فان في ذلك خلطا لا مبرر له بين الغير بالنسبة لأثر العقد ،
والغير بالنسبة لثبوت التاريخ •

ومع ذلك فقد اطردت الأحكام على القول بأن الوارث مادام يدافع
عن حق له يتلقاه مباشرة من القانون ، كما في حالة مرض الموت ، يعتبر
من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ، فلا
يحتاج عليه بهذا التاريخ الا اذا كان ثابتا بوجه رسمى (٧١) •

وقد أجمع شراح القانون المصرى على تأييد هذا رأى (٧٢) •

١٦ — مناقشة حجج هذه النظرية : لا تخرج حجج الشراح
والمحاكم في الأخذ بهذا رأى عن الحجج الثلاثة التى لخصناها عن حكم
محكمة مصر الصادر بتاريخ ٢٩ مايو ١٩٢٧ •

الحجة الأولى : أن الوارث الذى يطعن في تصرفات مورثه
بحصولها في مرض الموت انما يوجه هذا الطعن ضد مورثه بالذات في
وجه بقية الورثة ، فلا يمكن اعتباره خلفا وخصما لمورثه في وقت واحد •

وقد رأينا أن محكمة النقض المصرية استندت الى هذه الحجة في
اعتبار الوارث من الغير بالنسبة للطعن بالصورية في المحررات الصادرة
من مورثه (٧٣) • ولكن الغير بالنسبة للصورية ليس حتما أن يكون غيرا

(٧١) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٣٠ المحامة ١٠ — ٦٨٢ — ٣٤٠ ،
١٤ يونيه ١٩٣٦ المحامة ١٧ — ٤١٥ — ١٩٨ •
(٧٢) كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت ص ٢٩٧ نبذة ٢٣ ،
السنهورى في الوجز ص ٦٦٩ نبذة ٦٣٨ ، بهجت بدوى في أصول الالتزامات ،
١٩٤٣ ص ٢٩٦ نبذة ٢٠٠ ، شفيق شحاتة في الالتزامات (بالفرنسية) ص
١٠٩ ، محمد على عرفة في حجية المحررات العرفية ، القانون والاقتصاد
السنة العاشرة ص ١٦٤ ، وقارن نشأت في الإثبات نبذة ١٩٩ ، نجيب
الهلالى باشا والدكتور حابذ زكى في مقسود البيع والحوالة والمقايضة ص
٢٠٤ هابش ١ •

(٧٣) وان كنت قد خالفتها في ذلك ، انظر ص ٥٥٣ هابش ١٠ •

أيضا بالنسبة لثبوت التاريخ ، بل لا بد في ذلك من توافر شروط خاصة .

الحجة الثانية : يحاول أنصار هذه النظرية أن يثبتوا أن هذه الشروط الخاصة تتوافر في الوارث الذي يطمئن في تصرفات مورثه بحصولها في مرض الموت ، فيقولون ان القانون يعطي الوارث حق الطعن في هذه التصرفات ، فهو يثبت له بذلك حقا ذاتيا يجعله ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

ولكن هذه الحجة تتوقف على تعيين ماهية الحق النذى يخوله المشرع الى الوارث ، والصفة التي يخوله بها اياه . ولا بد لنا في ذلك من الرجوع الى قواعد الشريعة الاسلامية لأنها هي المرجع في أحكام مرض الموت .

فما هو حق الوارث على أموال مورثه في أثناء مرضه طبقا للشريعة الاسلامية ؟

من المعلوم أن الشريعة الاسلامية وضعت قواعد للموارث ، بينت فيها شروط استحقاق الارث ، وأنصبة الورثة ، وجعلت موت المورث وتوافر شروط الارث غيمن خلفهم من أقاربه سببا لخلافة ورثته على أمواله ، واعتبرت هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز للمورث مخالفتها لا بایشار بعض الورثة على البعض الآخر ، ولا بحرمان ورثته كلهم أو بعضهم من ماله لمصلحة أجنبي الا في حدود معينة .

ومن المعلوم أيضا أن تصرفات الشخص الصحيح نافذة كلها حال حياته ، الا أن تكون مضافة الى ما بعد موته ، كالوصية ، فإنها في هذه الحالة تصطدم مع حقوق الورثة ، وكان يجب حينئذ ألا تنفذ في حقهم ، ولكن المشرع سمح للمورث أن يوصى لغير وارث بثلث تركته ، وجعل الوصية في هذه الحدود نافذة في حق الورثة ، وفي غير هذه الحدود لا تكون نافذة الا أن يجيزوها ، فاكتمى بأن حفظ للورثة الثلثين ازاء الأجنبي ، وحفظ لهم الكل ازاء بعضهم البعض .

أما تصرفات الشخص في مرض موته ، فيميز الفقهاء منها ما هو انشائي وما هو اخباري . فالتصرفات الانشائية ان كانت معاوضات محضة وليس فيها محاباة في العوض ولا أى تبرع كالبيع بثمن المثل ، فهي نافذة في حق الورثة سواء كانت صادرة لغير وارث أو لوارث ، مع خلاف في هذه الحالة الأخيرة بين الامام أبى حنيفة وصاحبيه . وان كانت تبرعات ، فتلقحها شبهة أن المريض ما قام بها إلا لشعوره بدنو أجله ، وتعتبر كأنها مضافة الى ما بعد الموت ، ويكون حكمها حكم الوصية وان صدرت منجزة . أما تصرفاته الاخبارية ، فان كانت صادرة لأجنبى فتنفذ في كل ماله لأنها مجرد اخبار عن ملك سابق للمقر له ، وان كانت صادرة لوارث فلا تنفذ في حق باقى الورثة إلا أن يجيزوها ، وذلك دفعا لشبهة ايثار بعض الورثة على البعض الآخر (٧٤) .

وقد علل الفقهاء هذه الأحكام بأن الأصل أن حق الوارث يثبت بموت المورث ، ولكن مادام المرض تسبب في الموت ، فيستند حكم الموت الى أول السبب وهو المرض . ويعتبر حق الوارث متعلقا بأموال المورث من وقت بدء مرض الموت (٧٥) .

وتساعل الفقهاء عن طبيعة هذا الحق الذى يثبت للوارث من وقت مرض المورث ، فقال المتقدمون منهم انه هو بعينه حق الملكية الذى يثبت للورثة بموت المورث ، وقال المتأخرون انه ليس حق ملكية ، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط ، ولا يصير حق ملكية الا بالموت بالفعل . فهو أمر اعتبارى فرض لكى يستقيم منطق الأحكام وتتسق المبادئ الفقهية (٧٦) وهو الرأى الراجح .

(٧٤) انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم ص ٢٥٥ ، وله أيضا كتاب الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ص ١٧٣ ، وكتاب الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ عبيد الوهاب خلاف ص ٢٦٣ .

(٧٥) انظر كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت نبذة ٢٨ .
(٧٦) انظر في عرض هذين الرأيين ومناقشة أسانيدهما كتاب الملكية =

وبنوا على ذلك أن حق الورثة في هذه الحالة كحق الدائنين يتعلق بمالية التركة ، أى بقيمتها التى يقومها بها المقومون ، لا بأعيانها ، سواء أكان ذلك بالنسبة للأجنبي أم بالنسبة للوارث المتصرف اليه (مع خلاف أيضا في هذه الحالة الأخيرة بين الامام أبى حنيفة وصاحبيه) (٧٧) .

ويستفاد من ذلك أن جملة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتصرفات المريض مرض الموت لا هى تخول الوارث فى أثناء مرض مورثه حقا عينيا على أموال المورث ، ولا تعطيه حقا شخصيا قبل المورث اذ أنها لا تلزم المورث بشئ نحو وراثته ، وإنما هى قد تقررت ضمانا لحماية حق الوارث المزمع ثبوته له بموت المورث . فهى أشبه ما تكون بالقواعد التى تنظم الضمان العام المقرر للدائنين على مجموع أموال مدينهم المعسر ، بل ان أغلب الفقهاء يذكرون تعلق حق الوارث بأموال مورثه فى مرض موته ، كما يذكرون تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال .

ومادام هذا هو كنه حق الوارث على أموال مورثه فى أثناء مرضه ، فيكون شأنه شأن حق الدائنين الذين ليس لهم الا الضمان العام ، أى انه لا يكفى لاعتبار الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ (٧٨) .

وغرق ذلك ، فانا اذا نظرنا الى الغرض من تقرير هذه القواعد ، وما شرعته من ضمان ، تحقق لنا أن هذا الضمان ما تقرر للوارث الا

= ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة سنة ١٩٣٩ ص ٣٠٩ نبذة ١٩٣ . ونحن اذا قرينا أحكام الشريعة الإسلامية من أوضاع القانون الحديث ، ألا يمكن أن نكيف هذه الأحكام بأن المشرع أنشأ قرينة قانونية قاطعة على أن كل تبرع يصدر من المريض فى مرض موته ، ولو منجز ، يعتبر مضافا الى ما بعد موته ، بدلا من القول باستناد حق الوارث الى وقت بدء المرض ، فنقول ان المشرع قد أرجأ أثر هذه التبرعات الى وقت الموت ، أى الى الوقت الذى تصطدم فيه مع حقوق الورثة التى تثبت لهم بالموت ، بدل القول بأنه جمل لحق الورثة اثر رجوعيا من وقت المرض ليكون سابقا على التصرفات الحاصلة فى المرض ؟

(٧٧) انظر كامل مرسى نبذة ٥٩ ، وأبا زهرة نبذة ١٩٤ .

(٧٨) راجع ما سبق ص ٥٥٤ .

بصفته وارثا ، والا لحماية حقه في الارث : فكيف يمكن مع ذلك القول بأن هذا الضمان حق ذاتي يجعل الوارث ينقلب من طبقة الخلف الى طبقة الغير بالنسبة لثبوت التاريخ ؟ ان غاية ما يمكن أن يقال ان قواعد هذا الضمان تجعل الوارث من الغير بالنسبة لנفاذ الوصية وما يلحق بها من تصرفات في حقه ، ولكن من المسلم به أن الغير بالنسبة لأثر التصرفات يختلف عن الغير بالنسبة لثبوت التاريخ . وكل ما يمكن ترتيبيه على هذا الضمان المقرر لحق الارث ، هو أنه اذا خالف المورث قوانين المواريث أو احتال عليها بأن قدم تاريخ التصرف الصادر منه في مرض الموت ، جاز للوارث أن يثبت المخالفة أو الاحتيال على القانون بكافة الطرق ، كما يجوز لناقض الأهلية أو وارثه أن يطمئن في صحة تاريخ المحرر العرفي الصادر منه ، وأن يثبت بكافة الطرق حصول تقديم التاريخ أو تأخيرها بقصد الاحتيال على قواعد الأهلية (٧٩) .

الحجة الثالثة : يستشهد أنصار النظرية الثانية بما جرت عليه الشراح وأحكام المحاكم في فرنسا .

وهذا الاستشهاد لا محل له لسببين : الأول أن النظام الفرنسي يختلف عن نظامنا المصري فيما يتعلق بقواعد الوصية وما يلحق بها من تصرفات ، والثاني انه حتى مع هذا الاختلاف ، فليس صحيحا أن المحاكم والشراح الفرنسيين الذين تصدوا لبحث الموضوع في أساسه يعتبرون الوارث من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ .

أما النظام في ذاته ، فيلخص في أن القانون جعل لبعض الورثة كالفرع والأصول نصيبا مضمونا من مال مورثهم *réserve* وانه اعتبر ماعدا هذا النصيب هو القدر الجائر للمورث التصرف فيه بالايهاب والايصاء *quotité disponible* . فإذا تصرف المورث في أكثر من

هذا القدر ، ولم يراع الابقاء على الأنصبة المضمونة للورثة ، جاز لهؤلاء الورثة *héritiers réservataires* أن يطلبوا تكملة نصيبهم المضمون بتخفيض الوصايا أولا بنسبة كل منها الى جملة ما ينقص من الأنصبة المضمونة لأن جميع الوصايا واجبة النفاذ في وقت واحد فقتساوى في نسبة تخفيضها . فاذا كان ابطال كل الوصايا لا يفي بالمعز في الأنصبة المضمونة ، فلهم أن يبطلوا من هبات المورث ما يفي ، على أن يتناول الأبطال الأحدث فالأقدم من هذه الهبات بحسب تواريخ صدورها لأن هذه التواريخ هي في الوقت ذاته تواريخ نفاذها . فاذا كانت بعض الهبات بمعقود رسمية ، والبعض الآخر مستورة في صورة عقد آخر مدون في محرر عرفي ذي تاريخ غير ثابت ولكنه سابق على تاريخ العقود الرسمية ، أفيجوز للوارث أن يتمسك بالمادة ١٣٣٨ المقابلة للمادة ٢٢٨ ليعطل الهبة الأقدم تاريخا قبل الأحدث لجرد أن تاريخها غير ثابت بوجه رسمي ؟

لقد التبس الأمر على بعض الشراح ، فذكروا الوارث ذا النصيب المضمون في ضمن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير في عرف المادة ١٣٣٨ (٨٠) .

ولكن بالتأمل يرى أن الوارث في هذه الحالة لا يصيبه ضرر من تقديم تواريخ الهبات أو تأخيرها ، فلا مصلحة شخصية له في التمسك بالمادة ١٣٣٨ حتى يمكن النظر في جواز تمسكه بها أو عدمه ، لأنه اذا فرض وقوع تقديم في تاريخ أحدث الهبات حتى تصبح أقدم من غيرها ، فان هذا لن يضر الوارث ، بل يمكن أن يضر الموهوب له في الهبة الأخرى ، اذ يتعين على الوارث أن يبدأ بابطالها ، فان كانت ثمت مصالح متعارضة يمكن أن يكون الفصل بينها على أساس ثبوت التاريخ ، فلا يتصور أن

(٨٠) انظر ديولوب ج ١٩ نبذة ٢٠٨ ، ج ٢٩ نبذة ٥٢٤ ، لاروبيير المادة ١٣٢٨ نبذة ٣١ ، بلاتيل وريير ج ٧ نبذة ١٤٨٤ ، بودرى ج ١٥ نبذة ٢٣٥٤ .

يكون ذلك بين الوارث والموهور له ، بل بين بعض الموهور لهم والبعض الآخر (٨١) .

يتضح مما تقدم أنه لا شبه في ذلك بين النظام الفرنسى ونظام القانون المصرى ، وأنه حتى في القانون الفرنسى ليس صحيحا أن الوارث ذا النصيب المضمون يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من مورثه ، فلا محل عندنا للاستشهاد بآراء الشراح والمحاكم الفرنسية في هذا الشأن .

واذن غليست هذه الحجة بأكثر صلاحية من الحجتين السابقتين لأن تقوم على أساسها هذه النظرية . ولعل من المفيد بعد ذلك أن نتأمل النتائج العملية التي قد يؤدي إليها الأخذ بهذه النظرية ليبين لنا غسادهها وعدم ملاءمتها لمقتضيات العمل .

١٧ — الأثر العملى للنظرية الثانية : ان الأخذ بهذه النظرية يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه (وهذا هو الغالب في الموت) ، ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التي صدرت منه طوال

(٨١) انظر بودرى ج ١٠ نبذة ٩٩٨ ، بلانيول وريبير ج ٥ نبذة ١١٢ ص ١٠٧ ، بلانيول المختصر ج ٣ نبذة ٣١١٠ مكر ، كولان وكابيتان ج ٣ ص ٧٤١ ، جوسران ج ٣ نبذة ١٧٣٢ ، وانظر على الاخص تعليق Labbé في سري ١٨٨٠ — ٢٠ — ٣٨١ حيث يقول :

« L'héritier n'est donc pas dans le cas d'invoquer l'art. 1328, en ce sens qu'il doit, jusqu'à preuve contraire, subir come vraie la date que porte l'acte s.s.p. Si l'héritier prétend que, pour intervertir l'ordre légal des imputations sur le disponible, les singnataires ont indiqué une fausse date, l'héritier a le droit de recourir à tous moyens de preuve pour établir la fausseté de la date Il prend sur lui la charge de la preuve : il ne se prévaut pas de l'art. 1328 ; il agit comme une partie et non comme un tiers... La date des libéralités lui est à peu près indifférente—»

حياته الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا بوجه رسمى • ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرقية أن يسجل تاريخها في الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة • وبتعبير آخر ان القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المحررات العرقية وفي جميع الأحوال ، فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافا لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية • ولا يخفى ما ينطوى عليه هذا التعميم من ارهاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات •

نعم ان بعض الكتاب الحديثين أصبحوا يميلون الى اعتبار تسجيل التاريخ قاعدة عامة يقصد بها نوع من شهر المحررات العرقية يوغر لها ثقة لا تكون لها بغير ذلك ، كما شرع تسجيل التصرفات الخاصة بالحقوق العينية العقارية شهرا لهذه التصرفات (٨٢) ، ولكن هذا التعميم ، فضلا عن امكان التشكك في ملائمة ، لا يتفق مع قصد المشرع ، كما يظهر من الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى ومن تقاليد هذا القانون •

١٨ — الرجوع الى النظرية الاولى : شعرت محكمة الاستئناف بأنه لا بد من التراجع أمام هذه النتيجة العملية ، وبدأ تراجعها في حكم بتاريخ ٢٣ فبراير ١٩٣٦ ، وان لم ترتفع فيه الى حد الوصول الى التكييف القانونى الصحيح ، حيث قالت ان :

« الأصل أن الوارث يعتبر خلفا لمورثه ، وعلى ذلك تكون المحررات العرقية الصادرة من المورث حجة عليه ، الا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه ، غفى هذه الحالات

(٨٢) بهجت بدوى ، أصول الالتزامات ١٩٤٣ ص ٢٩٦ نبذة ٢٠٠ ، شفيق شحاتة ، موجز الالتزامات (بالفرنسية) ١٩٤٢ ص ١١٠ .

لأجل أن يستفيد الوارث — باعتباره من الغير — بالقرينة الواردة في م. ٢٢٨ مدنى التى تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا بثبوت رسميا ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأعيان الذين خول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، لا أن يفرض نفسه غرضا فى مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير اثبات ما يدعيه ، فإذا طعن ورثة فى سند صادر من مورثهم لزوجه اعتقادا على أن السند تحرر فى مرض الموت ، فهم فى هذا الوضع وان كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم فى مرض موته ، إلا أنهم فى طعنهم هذا يكونون فى مركز المدعين ، ومن ثم ، فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن التصرف المطعون فيه وقع فعلا فى مرض الموت » (٨٣) •

وظاهر من هذه الحيثيات أن المحكمة أصابت من الناحية العملية الحل الصحيح ، ولكنها لم توفق فى تحليل هذا الحل ، لأنها خلطت بين أثر التصرفات القانونية وبين حجية المحررات العرفية • ذلك أنها بدأت بأن قررت ، بحق ، أن الأصل أن الوارث يعتبر خلفا لمورثه ، وأن المحررات العرفية الصادرة من المورث تكون حجة عليه ، ثم لاحظت أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه ، ولكن غاتها أن هذه الغيرية انما هى غيرية بالنسبة لأثر التصرفات فقط ، وليس لها شأن مطلقا بحجية المحررات العرفية بتاريخها ، فآدى ذلك الى القول بأنه يجوز للوارث فى هذه الحالات أن يستفيد — باعتباره من الغير — من القرينة الواردة فى المادة ٢٢٨ التى تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا بثبوت رسميا •

فلما وصل منطق المحكمة الى هذا الحد ، وجدت أنه لا بد أن يؤدى بها الى القول بأن كل من سبق لهم التعامل مع المورث طوال حياته

لا يستطيعون الاحتجاج بالحررات العرفية التي حصلوا عليها منه اذا لم يكن تاريخها ثابتا بوجه رسمى ، بل لا يقبل منهم أن يقيموا الدليل على صحة التاريخ العرفى ، فتراجعت أمام هذه النتيجة التي أدى اليها خلط الغيرية فى أثر التصرفات بالغيرية فى ثبوت التاريخ ، والتلمست مفرجا لها من ذلك ، وبدلا من أن تراجع المرحلة الأولى من تفكيرها وتصحيحها ، عالجت خطأ بخطأ آخر ، ولكن العلاج أغاد فى اصابة الحل الصحيح . ومن أجل ذلك قالت المحكمة ان الوارث لا يصح أن يفرض نفسه فرضا فى مركز الغير ويتمسك بهذه القرينة بغير اثبات ما يدعيه ، بل يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين خول لهم القانون التمسك بهذه القرينة ، وذلك بأن يثبت أن التصرف المطعون فيه لم يحصل فى التاريخ المبين بالحرر العرفى ، بل حصل فى تاريخ يقع فى أثناء مرض الموت .

ولكن اذا تطلبنا من الوارث أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفى حتى يمكن أن يستفيد من القرينة الواردة فى المادة ٢٢٨ ، فما هى الفائدة التي يمكن أن يرجوها الوارث من وراء هذه القرينة ؟ أليست هذه القرينة مجرد اعفاء من عبء اثبات عدم مطابقة التاريخ المدون فى الحرر العرفى للتاريخ الذى وقع فيه هذا الحرر فعلا ؟ أولسنا اذا قيدنا بهذا الشرط الاستفادة من هذه القرينة أفقدناها كل أثر ، وأصبح نص المادة ٢٢٨ لغوا وعجئا ؟

ومع ذلك ، فقد كان من حسن الحظ أن هذا الخطأ الثانى أزال عيب الخطأ الأول ، وساعد المحكمة فى الوصول من الناحية العملية الى الحل الصحيح الذى كان يؤدى اليه التكيف السليم ، ألا وهو اعتبار الوارث خلفا للمورث لا غيرا بالنسبة لثبوت التاريخ ، ومطابته — ان ادعى عدم صحة التاريخ — بأن يقيم هو الدليل على ذلك . ولعل هذا التوفيق فى الناحية العملية واطمئنان المحكمة اليه هو الذى جعل انها لم تدقق كثيرا فى التكيف القانونى ولم تلتفت الى ما تسرب اليه من عيب .

وقد صححت بعد ذلك محكمة النقض تكيف مركز الوارث ،
فاعتبرته من الغير بالنسبة لأثر تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ،
دون أن تعتز به من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ المحررات العرفية الصادرة
من مورثه . فقد قررت بتاريخ ٢٣ يناير ١٩٤١ أن الوارث يعتبر في حكم
الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت اضارارا
بحقه المستمد من القانون ، ولذلك فإن له أن يطعن على هذا التصرف وأن
يثبت مطاعنه بجميع طرق الاثبات واذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف
ثابتا رسميا ، فإن له — مع تمسك الوارث الذي صدر لمصلحته هذا
التصرف بتاريخه العرفي — أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طرق
الاثبات أيضا (٨٤) .

وقد عادت المحكمة ، فاككت ذلك في حكم آخر بتاريخ ١٨ ديسمبر
١٩٤١ نقضت به حكما استثنائيا ، كان قد طعن فيه بأنه أخطأ في تطبيق
القانون ، اذ قرر — خلافا لما رأته محكمة أول درجة — أن عقد البيع
الصادر من المورث لا يكون حجة على ورثته في حالة ما اذا ثبت أن المورث
قد مرض قبل وفاته ولو لمدة وجيزة الا اذا كان ثابت التاريخ قبل هذا
المرض عملا بالمادة ٢٢٨ مدني ، وقال الطاعنون انه اذا كان عقد التصرف
الصادر من المورث يحمل تاريخا سابقا على مرض الموت وكان هذا
التاريخ غير ثابت رسميا فإن كل ما للمورث الذي يطعن فيه أن يثبت
حقيقة التاريخ الذي يزعمه بجميع طرق الاثبات . فقالت محكمة النقض
« أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من
مورثه الا اذا كان هذا التصرف واقعا في مرض الموت اضارارا بحقه
الشرعي في الميراث (المادة ٢٥٤ وما بعدها) [وغيريته هنا بالنسبة لأثر
التصرفات] . فاذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسميا وكان
سابقا على بدء هذا المرض ، فإن كل ما للمورث هو أن يثبت بجميع الطرق

أن التاريخ غير صحيح وأن إبرام العقد انما كان في مرض الموت ، وحيث ان الحكم المطعون فيه اذ لم يقيم وزنا للتصرف الصادر لمورث الطاعنين من أبيه لمجرد أن تاريخه عرّف وأن الوالد توفي أثر مرض أصابه دون بحث في صحة هذا التاريخ والتحقيق من أن إبرام العقد حصل فعلا في مرض موت المورث ، اذ الحكم فعل هذا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، ولذا يتعين نقضه ٠٠٠ « (٨٥) » .

وهذا الحكم واضح في أن الوارث الذي يطعن في تصرفات مورثه بأنها صدرت منه في مرض الموت لا يعتبر من الغير السخين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ .

واني أعتقد أنه قد رد الأمر الى نصابه ، وانه يستحق كل التأييد للأسباب التي دفعت بها حجج الرأي المخالف . وقد رأيت — ازاء اجماع الشراح على الرأي الآخر — ضرورة التنبيه الى هذا الحكم ، أملا في أن يكون ذلك داعيا على الأقل الى إعادة النظر في الموضوع ، تمهيدا للرجوع الى المبادئ السليمة (٨٦) .

(٨٥) نقض ١٨ ديسمبر ١٩٤١ المحاماة ٢٢ — ٦٦١ — ٢٢٧ .
(٨٦) قلنا بذلك في بحثنا هذا في سنة ١٩٤٤ ، ومنذ ذلك الحين أخذ الفقه والقضاء يتحولان من الرأي المخالف الى الرأي الذي نأيننا به في هذا البحث .

وكان في مقدمة من ايدونا في هذا الرأي بعد ان قال في كتابه الموجز في الالتزامات (١٩٣٧) بالرائى الآخر ، استاذنا الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري فقد عنى سيادته بمناسبة تناوله موضوع الاثبات في الجزء الثاني من كتابه الوسيط سنة ١٩٥٦ باعادة بحث الموضوع بعد بحثنا المعاد نشره فيما تقدم وانتهى الى اعتماد رأينا وصرح بذلك في ص ٢٠٦ حيث قال : « وقد أخذ الفقه المصري يتحول عن الرأى الاول الخاطيء الذى يذهب الى اعتبار الوارث من الغير في التصرفات المصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويرجع الفضل في هذا التحول الى الأستاذ سليمان مرتس فقد أثبت في مقاله القيم « قوة المحررات العرفية في الاثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى =

= يطعن فيها بصورها في مرض الموت » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٠٤) خطأ الرأي الشائع في الفقه المصري ، ثم خلس من ذلك الى التنبيه لما لهذا الرأي الخاطيء من اثر على مسيىء . . . » .

ومن بعد الاستاذ السنهورى اخذ بهذا الرأي ايضا الاستاذ محبـد عيد اللطيف في قانون الاثبات ج ١ سنة ١٩٧٠ نبذة ١٦٢ ص ١٦٢ وما بعدها ، والاستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة في كتابه في الاثبات ص ١٤٣ .

وقد عرض الاستاذ حسين المؤمن المحامى ببغداد في الجزء الثالث من نظرية الاثبات الذى تناول فيه المحررات او الادلة الكتابية ، بغداد سنة ١٩٧٥ ، عرض سيادته هذا الخلاف وتتبّع الرأي القديم واقوال من اعتنقوه قبل نشر بحثنا سالف الذكر في سنة ١٩٤٣ وقال ان بحثنا المذكور كان اول تنبيه الى خطأ الرأى السابق ، وانه منذ ذلك الحين بدأ تحول الشراح نحو الرأى الجديد الذى قلنا به وأشار في ذلك الى مؤلفات الاساتذة السنهورى واحمد نشأت وعبد المنعم الصدة وادوار عيد ، ثم أشار الى تحول القضاء المصرى ايضا تدريجيا الى هذا الرأى والى ان محكمة التمييز العراقية مازالت تأخذ بالرأى الاول (حسين المؤمن ج ٣ ص ٣٤٩ وما بعدها) .

وانظر في تحول محكمة النقض المصرية الى هذا الرأى احكامها المشار اليها في مؤلفنا « اصول الاثبات واجراءاته » الجزء الاول في الادلة المطلقة سنة ١٩٨١ ص ٢٣٨ ، ويضاف اليها نقض مدنى ٧ يونيو ١٩٨٣ في الطعن رقم ١٤ سنة ٥٠ ق ، ١٥ مايو ١٩٨٤ في الطعن رقم ١٩٣٥ سنة ٤٩ ق .

وقيل ان يظهر هذا التحول في الفقه والقضاء ، كانت لجنة تنقيح القانون المدنى متأثرة بالرأى السابق ، قد وضعت على أساسه النص الذى أصبح المادة ٩١٦ مقررته ثانية مدنى . وقد انتقد الاستاذ السنهورى نفسه هذا النص ورأى وجوب تفسيره بما يتفق والمبادئ الصحيحة التى تقدم بيانها (السنهورى في الوسيط ج ٢ ص ٢١١ ، وفي الوجيز ص ٦٠٢ هامش) . وقد اخذت محكمة النقض بهذا التفسير في حكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض ١٨ - ١٧٤ - ١٤٦ .

ومن أسف ان محكمة النقض بعد ان اطردت احكامها على الرأى الصحيح الذى تقدم عرضه ، يبدو انها تأثرت من جديد في أحد احكامها الذى صدر بتاريخ ٦ ديسمبر ١٩٧٧ في الطعن رقم ٨١٦ سنة ٤٣ ق (مجموعة احكام النقض ٢٨ - ١٧٤٢ - ٢٩٩) بالصياغة الخاطئة لنص المادة ٢/٩١٦ مدنى المشار اليها آنفا حيث قررت ان اثبات التاريخ لا يكون الا باحدى الطرق التى عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بانه صدر في مرض الموت بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، الا ان هذا التاريخ يظل حجة عليهم الى ان يثبتوا هم عدم صحته وان التصرف صدر في تاريخ آخر توصلوا منهم الى اثبات ان صدوره كان في مرض الموت . ولما كان الحكم المطعون فيه - وعلى ما سلف البيان - قد خلس في حدود السلطة التقديرية للمحكمة الى ان تاريخ العقدين غير صحيح وانهما حررا في تاريخ واحد وفي خلال فترة اشتداد مرض الموت على =

= المورث . وقد انتهى هذا المرض بوفاته ، فان النعى عليه بهذا السبب يكون في غير محله .
ولكن لحسن الحظ انه يبين من وقائع الدعوى ان تصرفات المورث لم تجعل غير نافذة في حق الورثة لمجرد عدم ثبوت تاريخها بوجه رسمى قبل مرض الموت — كما قد يتبادر الى الذهن من المبدأ الذى قرره المحكمة . وانما بنى عدم نفاذها في حقهم على ثبوت تحريرها في خلال فترة اشتداد المرض على المورث نيبقى المبدأ الذى اطرد عليه قضاء المحكمة من قبل ثابتا ولا ينال منه ما قرره هذا الحكم في صدره .

نظرية تبعة الهلاك

في القانونين الفرنسي والمصرى المقارنين (*)

عبارة تبعة الهلاك تعبر في لغة القانون عن خطر من نوع خاص هو الذى يتعرض له الشخص المدين بالتزام متعلق بشئ عندما يتلف هذا الشئ أو يهلك كلياً أو جزئياً بفعل قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً (١) .

والأصل أن التزام المدين ينقضى باستحالة تنفيذه أو بهلاك محله بصادف فجائى أو بقوة قاهرة هلاكاً يجعل تنفيذه مستحيلاً ، فيترتب على هلاك محل الالتزام بسبب قوة قاهرة ابراء المدين من التزامه (٢) ، فيتمتع حينئذ بيان مركز الدائن ازاء هذه الحالة ومصير حقوقه ازاء مدينه وكذلك مصير التزاماته ازاء انقضاء التزامات مدينه التى برئت ذمته منها بسبب القوة القاهرة ، لتحديد أى من الطرفين ، المدين بالالتزام الذى هلك محله أو الدائن بذلك الالتزام هو الذى سيتحمل في

(*) ترجمة بحث نشر في ظل القانون المدنى المبنى باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ العدد السابع من ص ٢٢٢ الى ص ٣٥١ .

وظهر بعده في سنة ١٩٥٠ رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة للدكتور محمد زكى عبد البر بعنوان نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامى الجزء الاول في الفقه الحنفى .

وانظر فيما استجد بعد ذلك في التقنين المدنى الجديد وفي احكام القضاء الحديثة مؤلفنا في عقد البيع ط ٤ سنة ١٩٨٠ نبذة ٢٦٠ وما بعدها ص ٤٦٤ وما يليها ، ومؤلفنا في عقد الايجار ط ٤ سنة ١٩٨٦ ص ٧٦٨ وما بعدها . (١) دالوز ، تعليقات على التقنين المدنى الفرنسى المادة ١١٣٨ نبذة ١٩ . (٢) انظر في الاثر المبرىء للقوة القاهرة ، رسالتنا في نظرية دفع المسئولية المدنية سنة ١٩٣٦ النسخة الفرنسية ص ٢٤٥ وما بعدها .

النهاية تبعة ذلك الهلاك ، أو بعبارة أعم تبعة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب مفاجئ أو قوة قاهرة .

يختلف الجواب عن هذا السؤال بحسب ما اذا كان الالتزام ناشئا من عقد ملزم جانباً واحداً ، أو من عقد ملزم الجانبين .

١ — في العقود الملزمة جانباً واحداً :

في العقود الملزمة جانباً واحداً اذا انقضى محل التزام المدين أو أصبح مستحيلاً بقوة قاهرة ، ينقضى العقد ويتحمل منه كل من طرفيه . غير أن القوة القاهرة تترك أثرها في ذمة الدائن إذ أنها تحرمه دون مقابل من الأداء الذي كان مستحقاً له ، أى أن القوة القاهرة التي تحول دون أداء المدين ما تعهد به ، لا تلحق به أية خسارة ، إذ أنها تقضى الالتزام الذي كان في ذمته وتبرئه منه ، ويعكس هذا الإبراء خسارة للدائن ، وتكون النتيجة أن هلاك محل الالتزام (أو استحالة وفاء الالتزام) تقع على عاتق الدائن ، فهو الذى يتحمل تبعة الهلاك *res perit creditori* (المواد ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١٣٠٢ مدنى فرنسى) . وقد أورد التقنينان المديان المصرى القديمان نصاً يعتبر تطبيقاً صريحاً لذلك في عقد الرهن الحيازى (المادة ٥٤٤ مدنى أهلى والمادة ٦٦٦ مدنى مختلط) وقد اتبع هذا الحكم ذاته في عقدى الوديعة وعارية الاستعمال .

غير أن هذا الحكم الذى يبدو بدهياً لا يخلو من قسوة بالنسبة الى الدائن ، إذ لا يوجد أى سبب يبرر القاء تبعة الهلاك عليه وحده — لا على المدين — ودون اشراك المدين معه في تحملها مادام الهلاك راجعاً الى حادث فجائى أو قوة قاهرة وليس أى من الطرفين مسؤولاً عن حدوثه . ويجوز التساؤل ازاء ذلك عما اذا كانت العدالة لا تتطلب في هذه الحالة توزيع تبعة الهلاك على الطرفين بدلاً من القائها كلها على عاتق أحدهما دون الآخر . وقد أخذ التقنين المدنى البرتغالى بهذا الحل فيما يتعلق بعارية الاستعمال في الحالة التى تهلك فيها العارية بحادث فجائى لم يكن

ليتحقق لو بقيت العارية في حيازة مالكة المير (المادة ١٥١٧ مدني برتغالي) ، ولكن هذا الحل أملت اعتبارات خاصة بمقدار عارية الاستعمال ولا يصح تعميمه والأخذ به في سائر العقود .

ومع ذلك فمن المسلم أن المدين الذي ينقض التزامه بسبب حادث هجائي أو قوة القاهرة لا يسوغ له أن يثرى على حساب دائئه ، فيجب عليه وفقا للمادة ١٣٠٣ مدني فرنسي اذا نشأت له حقوق أو دعاوى تعويض بسبب هلاك الشيء الذي كان ملتزما باعطائه للدائن أن يحيل هذه الحقوق أو الدعاوى الى دائئه بهذا الشيء . وقد استلهم واضعو قانون نابوليون هذا الحكم من بوتييه . غير أن النظر الى هذا الحكم في ضوء قاعدة القانون الفرنسي الحديث المتعلقة بالالتزام باعطاء شيء والتي تنقضي بأن الالتزام بتسليم شيء يصبح تاما بمجرد اتفاق العاقدين عليه (المادة ١١٣٨ / ١) ، لا يدع له محلا ، لأن الحقوق والدعاوى المتعلقة بالشيء الذي هلك تنشأ مباشرة في ذمة مالكة ، وهو الدائن ، فلا يبقى إذن للمدين أن ينقل الى هذا الأخير شيئا من الحقوق أو الدعاوى ، ومع ذلك فقد وجد مثل هذا النص في التقنينات التي صدرت بعد صدور تقنين نابوليون ، ومنها نص المادة ١٢٩٩ مدني ايطالي ، ونص المادة ١١٨٦ مدني أسباني ، ونص المادة ٢٨١ مدني ألماني ، ونص المادة ١٢٠١ مدني لولاية كيبيك ونص المادة ٣٣٧ التزامات مغربي ، ونص المادة ٢٢٥ مدني صيني . ويرجع ذلك الى أنه مازالت توجد حالات يحتاج فيها الى تطبيق مثل هذا النص ، كما في حالة الالتزام باعطاء شيء الملق على أجل يتم فيه نقل الملكية (٣) وحالة الالتزام بعمل أو بامتناع (٤) . صحيح ان المادة ١٣٠٣ مدني فرنسي (ومثلها في ذلك المادة ١٢٩٩ مدني ايطالي) لا تتحدث الا عن الالتزام باعطاء شيء ، ولكن صحيح أيضا

(٣) انظر ايضا الحالة التي اثار اليها هيك (في ج ٨ نبذة ١٨٦) وهي حالة بائع الشيء المعار او المرهون لدى شخص قبل ان يتحمل نتائج الحادث الجبري أو القوة القاهرة .
(٤) انظر ديموج ج ٦ نبذة ٦٢١ مكرر ص ٦٧٤ .

أن مواد التقنيات الأخرى التي تقدمت الإشارة إليها تتحدث في صيغة عامة عن جميع أنواع الالتزامات ، ولذلك نعتقد أن حكمها يجوز الأخذ به بالنسبة الى جميع الالتزامات في القانون الفرنسى وكذلك في القانون المصرى .

وبناء على ذلك اذا حدث تعرض لمسأجر بفعل مقاول للأشغال العامة ، فانه يجوز له أن يرجع على المؤجر بتعويض الأضرار الناشئة له من هذا التعرض ، ويكون للمؤجر الرجوع على مقاول الأشغال العامة وعلى المصلحة العامة التي أسندت اليه هذه الأشغال ، فاذا لم يستعمل المؤجر حقه في هذا الرجوع فلا يلومن الا نفسه (هـ) .

ويلاحظ أن نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى الذى وضع للحيلولة دون أن يثرى المدين على حساب الدائن ولتخفيف الخسارة التي تقع على عاتق هذا الأخير ليس الا نصا احتياطيا موضوعا لتطبيقه فقط في حالة هلاك الشيء أو استحالة تنفيذ محل الالتزام ، أما اذا وجد الشيء بعد خفقه ، فيعود للدائن حق المطالبة به ، على أن يرد هو الى المدين ما يكون قد تلقاه منه من حقوق أو دعاوى بديلة . وقد نص على ذلك صراحة تقنين جمهورية فنزويلا (أنظر ر . دى لاجراسيرى

R. De la Grasserie, Paris 1897, p. 184.

ومن جهة أخرى فان نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى لا يكفل للدائن حماية كاملة ضد اثرات المدين على حسابه ، اذ أنه بتقريره الزام المدين أن ينقل الى الدائن الحقوق والدعاوى التي تتعلق بالشيء الذى هلك ، انما يترك الدائن معرضا لمزاحمة سائر دائئى مدينه ، بحيث يتحقق للمدين اثرات على حساب دائئيه بالشيء الذى هلك بقدر ما يصيبه سائر دائئيه من قسمة الغرماء . ولا يقتصر هذا العيب على نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى ، بل يلحق أيضا نصوص بعض التقنيات الأخرى ، ك نص

المادة ٢٨١ مدنى ألمانى ، ونص المادة ١٢٠١ مدنى لولاية كيبيك ، ونص المادة ٢٢٥ مدنى صينى ، وكان يتعين لتفادى هذا العيب أن ينص على أن الحقوق والدعاوى التى تتعلق بالشئ الذى هلك تنتقل الى الدائن بهذا الشئ مباشرة وبقوة القانون ، أى انها لا تمر بذمة المدين ولا يستفيد منها سائر دائئيه ، وقد نص على ذلك صراحة كل من التقنين المدنى الايطالى فى المادة ١٢٩٩ منه ، والتقنين المدنى الأسبانى فى المادة ١١٨٦ منه والتقنين المغربى للالتزامات والعقود فى المادة ٣٣٧ منه . ويمكن الأخذ بهذا الحكم فى القانون المصرى — رغم عدم النص عليه فيه صراحة — بالتطبيق لأحكام الاثراء على حساب الغير .

(ثانيا) فى العقود الملزمة للجانبين

فى العقود الملزمة للجانبين يثور السؤال عما اذا كان العقد الذى يصبح التزام أحد طرفيه مستحيلا بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى يظل باقيا أم ينفسخ بقوة القانون نتيجة للاستحالة الناشئة بسبب القوة القاهرة وما اذا كان العاقد الذى أصبح التزامه مستحيلا بسبب القوة القاهرة يبقى له أو لا يبقى له حق مطالبة العاقد الآخر بالالتزام المقابل للالتزام الذى كان مستحقا له والذى انقضى بسبب القوة القاهرة . فإذا قيل بالايجاب كان مفاد ذلك أن تبعة هلاك الالتزام الذى صار مستحيلا تقع على عاتق الدائن ، وبالعكس من ذلك اذا قيل بالنفى ، كان مؤدى ذلك وقوع تبعة الهلاك على المدين . وهذا التساؤل يثير مسألتين فى وقت واحد هما مسألة تبعة الهلاك ومسألة الأثر الفاسخ للقوة القاهرة . ونهيا يلى سنحاول الكشف عن القاعدة العامة التى تؤدى الى حل هاتين المسألتين معا ، ثم نجرى تطبيق هذه القاعدة على هلاك المبيع فى عقد البيع .

(أولا) القاعدة العامة :

لم تشر المواد ١١٤٧ و ١١٤٨ و ١٣٠٢ مدنى فرنسى التى نصت على أثر القوة القاهرة فى ابراء ذمة المدين بانقضاء التزامه الى أثرها الفاسخ للعقود ، ولا توجد فى نصوص التقنين المدنى الفرنسى الأخرى قاعدة عامة فى شأن هذا الأثر الأخير ، وإنما توجد بعض نصوص معينة فى حالات خاصة .

لنمن هذا القبيل الأخير نجد المادتين ١٧٣٢ و ١٧٤١ مدنى فرنسى فى شأن ايجار العمل والمقاولة والشركة وهما تنصان على انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزامات أحد العاقدين ، وإذا كان يمكن النظر الى هذين النصين على أنهما تطبيقان لقاعدة عامة تقضى بانفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد العاقدين الراجعة الى القوة القاهرة ووضع تبعة الهلاك على عاتق المدين ، فإنه يمكن أيضا النظر اليهما بالعكس من ذلك على أنهما استثناءان من قاعدة عامة تبقى على العقد وعلى التزامات الدائن الناشئة منه وتضع بالتالى تبعة الهلاك على عاتق الدائن .

والتقنينات المصرية — رغم أنها لم تورد مقابلا لنص المادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى الخاص بالأثر المبرىء للقوة القاهرة من التزام المدين ، قد حوت نصوصا كاملة تنظم أثر القوة القاهرة الفاسخ للعقود .

فالمادة ١٧٧/٢٤٠ تنص على أن تنقضى الالتزامات بالفسخ اذا صار الوفاء بها بعد نشوئها مستحيلا .

والمادة ١٧٨/٢٤١ تقضى بأنه اذا صار الوفاء بالالتزام مستحيلا بخطأ المدين أو اذا حدثت الاستحالة بعد اعذاره للوفاء ، فإنه يلزم بالتضمينات .

والمادة ١٧٩/٢٤٢ تضيف أنه اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان

الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقها في نظير ما حصل عليه غيره من المنفعة بغير حق ولا يترتب على الفسخ اخلال بحقوق الدائنين المرتهنيين حسنى النية . وكذلك أكثر التقنيات الأجنبية لانها تتناول أثر القوة القاهرة الفاسخ للمعقود بنصوص خاصة .

ينص التقنين المدني الألماني في المادة ٣٣٣ منه على ما يلى :

فقرة أولى — اذا صار الأداء الواقع على عاتق أحد طرفى العقد الملزوم للجانبين مستحيلا بسبب لا تقع مسؤوليته على أى من الطرفين ، فان ذلك الطرف يفقد الحق فى الأداء المقابل .

فقرة ٢ — فاذا كان الأداء المقابل الذى أصبح غير مستحق وفقا للفقرة السابقة قد تم تنفيذه ، فان ما تم تنفيذه يمكن استرداده طبقا لأحكام رد الاثراء الحاصل دون سبب .

وينص كل من تقنين الالتزامات السويسرى (فى المادة ١١٩ منه) وتقنين الالتزامات التركى (فى المادة ١١٧ منه) على أن الالتزام ينقضى متى أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب ظروف لا يد للمدين فيها ، وفى العقود الملزمة للجانبين يصبح المدين الذى انقضى التزامه بسبب الاستحالة الطارئة ملزما بأن يرد ، وفقا لقواعد الاثراء دون سبب ، ما وصله من الطرف الآخر ، ولا يجوز له المطالبة بما كان باقيا له فى ذمة ذلك الطرف » .

وتنص المادة ١٢٠٢ من قانون ولاية كيبسك على أنه اذا أصبح الوفاء بالتزام بأداء عمل مستحيلا بدون فعل المدين أو خطئه وقبل أن يعذر هذا الأخير ، ينقضى الالتزام وتبرا ذمة كل من العاقدين ، غير أنه اذا كان الالتزام نفذ فى جزء منه لصالح الدائن ، يبقى هذا الأخير ملزما فى حدود الفائدة التى عادت عليه . ويقرب من ذلك نص المادة ٣٣٨ من

القانون المغربي للالتزامات والعقود حيث ينص على أنه إذا كان عدم وفاء الالتزام راجعا الى سبب لا دخل فيه لارادة أى من المتعاقدين فان التزمه ينقضى ، ولكن لا يكون له حق اقتضاء الأداء الذى التزم به التعاقد لآخر . فاذا كان هذا قد أوفى بالتزامه كان له الحق - حسب الأحوال - فى أن يسترد كل ما آداه أو بعضه .

وأخيرا فان قانون الجمهورية الفضية ينص كذلك على أنه اذا صار الوفاء بالالتزام مستحيلا دون خطأ من المدين ، انقضى الالتزام بالنسبة لطرفيه ، ويتعين على المدين أن يرد الى الدائن ما تسلمه منه وفاء للالتزامه .

ولعدم وجود مثل هذا النص فى القانون الفرنسى ، لجأ القضاء الفرنسى فى اعمال الأثر الفاسخ للقوة القاهرة الى طريق الاستدلال بمفهوم المخالفة من نص المادة ١١٨٤ المتعلق بفسخ العقد بسبب عدم وفاء أحد عاقديه بالتزاماته ، فقرر أن فسخ العقد بسبب الاستحالة الناشئة عن قوة القاهرة يتم بقوة القانون ، ولكنه اشترط فى ذلك صدور حكم من القضاء بفسخ العقد (٦) . غير أن هذا الشرط الأخير محل نظر لأنه شرط خاص بعدم الوفاء الذى يكون راجعا الى فعل المدين المنصوص عليه فى المادة ١١٨٤ ، وهو نص مسلم بأنه هو ذاته مجرد تطبيق للمبدأ العام القاضى بالارتباط المتبادل للالتزامات الطرفين فى العقد الملزم للطرفين الذى بمقتضاه يعتبر وجود التزام كل من الطرفين وتنفيذه سببا فى وجود التزام الطرف الآخر وتنفيذه ، فالحادث المفاجئ الذى يجعل التزام أحد الطرفين مستحيل الوفاء يجعل من تلقاء ذاته الالتزام المقابل له ينقضى لانعدام سببه (٧) ، على أن تكون الالتزامات المتقابلة التزامات

(٦) انظر سانتناك فى القوة القاهرة والحادث المفاجئ فى مقد النقل بطريق السلك الحديدية رسالة من تولوز ١٩٠٨ ص ٢٠٣ .
(٧) كولان وكابيتان ج ٢ طبعة سابعة نبذة ٩٢ وما بعدها ص ٨٢ وما بعدها ، بلانويول ج ٢ ص ٤٥٣ نبذة ١٣٥٧ ، جوسران ج ٢ ص ١٧٣ نبذة ٣٦٧ . وقارن عكس ذلك ديولومب ٢٤ ص ٤١١ .

أساسية يعتبر كل منها في جانب أحد طرفي العقد سببا للالتزامات التي في ذمة الطرف الآخر ، لأنه إذا كان الالتزام الذى صار مستحيلا التزاما ثانويا ، فإن العقد يظل قائما دون تغيير (٨) . ومن المقرر أن مبدأ انفساخ العقود بسبب استحالة الوفاء بالتزامات أحد الطرفين يعتبر مبدأ ساميا من مبادئ القانون المكتوب ويمكن لذلك اعتباره قائما ضمنا في كل تشريع (٩) .

فالأثر الفاسخ للقوة القاهرة يؤدي الى إعادة العاقدين الى الحالة التي كانوا عليها وقت العقد ، ما لم يكن محل العقد التزامات مستمرة أو متجددة تم تنفيذ بعضها من كل جانب ، ففي هذه الحالة يلغى العقد بالنسبة الى المستقبل فقط *résiliation* . ولكن متى انفسخ العقد لاستحالة تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة منه ، فإن المدين بالالتزام الذى صار مستحيلا لا يجوز له أن يطلب بالالتزام المقابل . وإذا كان قد اقتضاه كله أو بعضه وجب عليه زد ما اقتضاه (١٠) لأن ما اقتضاه يعتبر اثرأ بلا سبب كما يقول نص المادة ٢٤٢/١٧٩ مدنى مصرى ، وكذلك نص المادة ٣٣٣/٣ من التقنين المدنى الألمانى .

وبالرغم من أن نص المادة ١٣٠٣ مدنى فرنسى يبدو أنه قد وضع ليحكم حالة العقود الملزمة لجانب واحد ، فلا مانع يمنع من تطبيقه في حالة العقود الملزمة للجانبين إذا طلب ذلك الدائن بالالتزام الذى صار مستحيلا ، غير أنه إذا طالب هذا الدائن مدينه بأن يحيل اليه الدعاوى والتعويضات التى نشأت له بسبب الالتزام الذى صار وفاقؤه مستحيلا . فإنه يعطل بذلك الأثر الفاسخ للقوة القاهرة ويبقى ملتزما بالتزامه المقابل

(٨) ديموج ج ٦ ص ٦٠٧ نبذة ٦١٥ ، لوران ج ١٦ نبذة ٢٧٠ . وتميز المادة ١٥٩٥ من التقنين المدنى الإيطالى صراحة بين عدم الوفاء بالتزام أساسى وبين عدم الوفاء بالتزام ثانوى .
(٩) انظر تعليقا بهذا المعنى في دالوز الدورى ١٨٣٦ — ١ — ٣٤٠ .
(١٠) ديموج ج ٦ نبذة ٦٢١ ص ٦٧٣ .

للالترام الذى صار مستحيلا (١١) ، ولكن اذا كانت قيمة تلك الدعاوى أو التعويضات تقل عن قيمة الأداء المقابل ، فيطبق على هذا الأداء حكم القوة القاهرة التى تحول دون وفاء الالتزام جزئيا ولا تصل الى حد تسبب الاستحالة الكلية .

ولم يرد فى التقنينين الفرنسى والمصرى نص على المبدأ الذى يحكم حالة الاستحالة الجزئية أو الهلاك الجزئى ، وان وجدت فيهما بعض نصوص تطبيقية فى حالات معينة كالمادة ٢٩٨/٣٧٢/١٦٣٦ فى باب البيع (١٢) ، والمادة ٣٧٠ مفرقة ٣/٤٥٥/١٧٢٢ فى باب الايجار ، وفى باب البيع يخول النص المشتري الخيار بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه بالثمن المسمى ، وفى باب الايجار يفرق النص بين حالة ما اذا كان الشئ الذى هلك أو تلف أصبح غير صالح للاستعمال كلية ، أو بقى صالحا للاستعمال جزئيا ، ويقضى بانفساخ العقد فى الحالة الأولى ، وبالإبقاء عليه فى الحالة الثانية مع تخويل المستأجر حقا فى تخفيض نسبي للأجرة . ومن المقرر أن نستنبط من هذه النصوص الخاصة بمحالات معينة مبدأ عاما .

وخلافا للتقنينين الفرنسى والمصرى تضمنت بعض التقنينات الأجنبية أحكاما عامة لحالة استحالة الوفاء الجزئية بسبب القوة القاهرة . فبعضها كالقانون الألمانى (المادة ٣٣٣/١) وقانون كيبك نص على نقض الالتزام المقابل ، والبعض الآخر كقانون الالتزامات السويسرى (المادة ٢٥٥) ، وقانون الجمهورية الفضية (المادة ٦١٤) والقانون المغربى (المادة ٣٣٦) نصت على تخويل الدائن فى هذه الحالة الخيار بين فسخ العقد وبين الإبقاء عليه مع تخفيض نسبي للأداء المقابل .

(١١) هذه الرخصة مقررة للدائن صراحة بنص المادة ٢/٣٢٣ مبنى المائى ولكنها لا تعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة ويجوز الاتجاه اليها سواء فى القانون الفرنسى أو فى القانون المصرى رغم انه لا ينبغى عليها .
(١٢) انظر أيضا المادة ٣/١٨٢ مبنى فرنسى .

ويدعو أن الأستاذ والتون كان يحض حكم قانون ولاية كيبيك (١٣) ،
فإن هذا الحل قد يكون ضارا بالدائن إذا كان الوفاء الجزئى لا يناسبه ،
والحل الآخر الذى يعطى الخيار للدائن يضر بالمدينين لأنه يحمله فوق
تبعة الهلاك الذى يقع بقوة قاهرة أسوأ الخيارين المتروكين للدائن ،
فيكون الأقرب الى العدالة الأخذ بالحل الذى نص عليه فى باب الإيجار ،
وهو الإبقاء على العقد مع تخفيض نسبى للأداء المقابل للأداء الذى
استحال وفاء جزء منه ، ما لم يثبت أن الوفاء الجزئى لا فائدة منه
للمدين ، غفى هذه الحالة يصبح الفسخ متعينا (١٤) .

الخلاصة — انه يتعين القول بأن القوة القاهرة تعفى المدين فى
العقود الملزمة للجانبين من التزامه الذى صار مستحيلا ، ولكنها تلتقى
عليه فى النهاية بتبعة الهلاك ، لأنها تفسخها العقد تبرئ الدائن أيضا
من التزاماته ، فتقع تبعة الهلاك على المدين *res perit debitori* (١٥) ،
فهو وحده الذى يتحمل خسارة الهلاك ، وذلك بعكس القاعدة التى رأينا
شدتها بالنسبة للدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد (١٦) ، فهذه
الشدّة تنقلب فى هذه الحالة على المدين .

(ثانيا) تطبيق القاعدة على عقود البيع والتصرف :

ولو أن القانون الفرنسى والقانون المصرى قد اعتنقا كلاهما
كقاعدة عامة المبدأ الذى يجعل تبعة الهلاك على عاتق المدين ، فأنهما
يبدوان فى الظاهر على الأقل أنهما اختلفا فيما يتعلق بتبعة الهلاك فى
عقود البيع والتصرف .

(١٣) والتون فى الالتزامات ج ٢ ص ١٧٨ وفى هذا المعنى ديموج ج ٦
ص ١٣٦ نبذة ١٢٥ .
(١٤) فى هذا المعنى بلانيول ج ٢ ص ٤٤٨ نبذة ١٣٢١ .
(١٥) جوسران ج ٢ نبذة ٣٦٦ وما بعدها ص ١٧٢ وما بعدها ، كابيتان
الطبعة الشائعة ج ٢ نبذة ٩٣ .
(١٦) أنظر ما تقدم فى ص ٦٠٤ .

المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يبدو أنها انصرفت عن هذه القاعدة وأخذت بحكم مغاير فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شيء معين ، مؤداه أن القوة القاهرة لا تفسخ العقد ، فهم تبرئ المدين من التزامه ولكنها تدع الدائن ملزما بالأداء المقابل لأداء المدين الذى صار مستحيلا ، ذلك أن نص المادة ١١٣٨ يلقي ثبete الهلاك على عاتق المشتري ، الذى يعتبر دائما بالشئ الذى هلك ومالكا له (١٧) .

ويعزز حكم هذا النص نصوص كل من المواد ١٥٨٣ و ١٥٨٥ و ١٥٨٦ الواردة فى الفصل الخاص بعقد البيع .

أما فى القانون المصرى ، فيبدو أن المشرع أخذ بعكس ذلك حيث أن المادة ٣٧١/٢٩٧ مدنى تجعل الهلاك على عاتق البائع حتى يتم التسليم ، فيبدو أن هذا النص وكثير غيره من النصوص الأخرى تطبق على عقود البيع القاعدة العامة التى تجعل الهلاك على عاتق المدين ، بخلاف نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى .

فيظهر أن الحطين اللذين أخذ بأحدهما القانون الفرنسى وبالأخرى القانون المصرى على طرفى نقيض ، ولكن الواقع غير ذلك ، وسأبين فيما يلى أن القانونين يلتقيان فيما ذهبا إليه فى هذا الخصوص ولا يتعارضان .

وسأبدأ بعرض حكم القانون الفرنسى فى هذا الشأن ثم أستهدى بدراسة القانون المقارن وبخاصة بحكم الشريعة الإسلامية فى صدره ، وسيمكننى ذلك من استجلاء نصوص القانون المصرى وتقريب حكمها من حكم القانون الفرنسى .

(١٧) تنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى على أن الالتزام بتسليم شيء يتم بمجرد توافق ارادة المتعاقدين ، فيجعل الدائن مالكا ويضع على عاتقه هلاك الشيء من الوقت الذى يجب فيه تسليمه ولو أن تسليمه الفعلى لم يتم ما لم يكن المدين معذرا لتسليمه ، اذ يبقى الهلاك حينئذ على عاتقه .

في القانون الفرنسي : يكاد أغلب شراح القانون الفرنسي يتفقون على أن حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يعتبر خروجاً على حكم القاعدة العامة ، ثم يختلفون في تعليل هذا الخروج ، فبينما يعتبره بعضهم أنه يجعل تبعة الهلاك على عاتق المشتري باعتباره دائماً ، يذهب الآخرون الى أن تحميله هذه التبعة مؤسس على اعتباره مالكا . وهناك فريق يرون أن حكم المادة ١١٣٨ لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة (١٨) .

ويرجع أصل هذا الخلاف في الرأي الى القانون الفرنسى القديم .

على روما كانت تبعة الهلاك على المدين *res perit debitori* هي القاعدة العامة بالنسبة الى العقود الملزمة للجانبين وكان يرد عليها استثناء فيما يتعلق بعقود البيع وعقود التصرف التي كان انتقال الملكية فيها يتوقف على تسليم الشيء ، فكان هذا الاستثناء يحمل المشتري - الدائن بالشيء المبيع - تبعة هلاك الشيء من وقت إبرام العقد ومن قبل أن يتم التسليم ، وكان هذا الاستثناء يعمل بأنه لو زادت قيمة الشيء بعد البيع ، فإن المشتري هو الذى يفيد من زيادة القيمة دون زيادة في الثمن الذى التزم به ، فيكون من العدل أن من تؤول اليه زيادة القيمة يتحمل هو خسارة نقص القيمة أو هلاك الشيء أو تلفه (١٩) .

وفي القانون الفرنسى القديم وحتى صدور تقنين نابوليون حرصت أحكام المحاكم على تطبيق القاعدة الرومانية القاضية بأن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري من وقت إبرام العقد ، ولو كان التسليم مؤجلاً الى أجل لاحق ، فكان الأجل الذى يقف التسليم وبالتالي يؤجل انتقال الملكية لا يؤثر في نقل تبعة الهلاك الى المشتري من وقت العقد (٢٠) ، وكان في هذا الحكم شدة على المشتري لأنه يقضى بتحميله

(١٨) انظر عرض هذه الآراء المختلفة فيما سيجىء في ص ٦١٦ وما بعدها .

(١٩) انظر سالى ، في الالتزام نبذة ١٨٣ ، بيتى E. Petit في القانون الرومانى ص ٣٩١ نبذة ٣٩٤ .
(٢٠) بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٥ .

تبعة الهلاك قبل أن يميز مالكا وقبل أن يتسلم الشيء ، اذ أن احتمالات الهلاك كانت تفوق بكثير احتمالات زيادة قيمة الشيء .

ومنذ القرنين السابع عشر والثامن عشر وجهت سهام النقد الى هذا الحكم من فقهاء كبار (أمثال باغندورف Puffendorf وباربيراك Barbeyroc) الذين نادوا بأن مبادئ العدالة تقتضى أن يبقى هلاك المبيع على البائع طالما بقى هذا مالكا ، فلا تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري الا بانتقال الملكية اليه ، وقد جعلوا شعارهم الذى يلخص رأيهم أن الهلاك على المالك *res perit domino* (٢١) ، ولكن هذا رأى لقي معارضة شديدة حتى عسية وضع تقنين نابوليون ، فظلل بوتيتيه يعارضه حتى النهاية (٢٢) .

فلما صدر تقنين نابوليون في سنة ١٨٠٤ متضمنا النص في المادة ١١٣٨ منه على أن الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد تراضى الطرفين وينقل الملكية من تلقاء ذاته وبقوة القانون ، اعتبر هذا الفص انتصارا للرأى القائل بأن تبعة الهلاك تكون على المالك ، ذلك أنه بمقتضى هذا النص كان المشتري (الدائن بالمبيع) يصبح مالكا بمجرد العقد ، ويتحمل تبعة الهلاك منذ ذلك الوقت ولو لم يتسلم المبيع .

وقد رأى أكثر الشراح الأوائل في نص المادة ١١٣٨ حكما خاصا بمعقود البيع والتصرف يجعل الهلاك على المالك خلافا للقاعدة الأصلية في العقود الملزمة للجانبين التى تجعل الهلاك على المدين .

وقد ذهب بعضهم في تحليل هذا الحكم الخاص بأنه تطبيق لقاعدة الهلاك على الدائن ، وهى القاعدة المقررة في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . فضلا عن مساندة المنطق القانونى وقواعد العدالة لها

(٢١) بلانويول ج ٢ نبذة ١٣٤٦ .

(٢٢) بوتيتيه في عقد البيع نبذة ٣٠٨ .

فمن ناحية المنطق القانوني رأوا أن الالتزامات المتقابلة التي تنشأ من عقد ملزم الجانبين تصبح بمجرد إبرام العقد التزامات مستقلة لكل منها كيانه الخاص ويخضع كل منها لحكمه الخاص بقطع النظر عما يعترى الالتزام المقابل • ومن ناحية العدالة فإن المشتري هو الذي يجب أن يتحمل الخسارة لأنه هو الذي يفيد من زيادة قيمة الشيء في الفترة بين البيع والتسليم (٢٣) • ولكن هذا النظر ظاهر أنه يتجاهل المبدأ الأساسي في العقود وهو مبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة الناشئة من العقود الملزمة للجانبين ، كما هو ظاهر أيضا أنه من ناحية العدالة فإن احتمال زيادة القيمة لا يتناسب مع احتمالات الهلاك •

لذلك ذهب آخرون إلى أرجاع هذا الحكم الخاص بعقود البيع والتصرف إلى مبدأ الهلاك على الملك . *res perit domino* (٢٤) •

غير أنه لو كان هذا التعليل صحيحا لتعين أن يتحمل المشتري — بصفته مالكا — تبعه هلاك الشيء من وقت إبرام العقد ، ولو كان ثمة اتفاق على أرجاء التسليم إلى أجل معين • وفي هذا يقول بلانيول مؤكدا : « ... أن الهلاك يقع على عاتق المشتري من وقت إبرام العقد • فإذا عرضنا الاتفاق في عقد البيع على أرجاء التسليم إلى أجل معين وأن المبيع هلك قضاء وقدر في الفترة ما بين العقد والتسليم ، فلأن البسائع لا ينسب إليه خطأ في هذه الحالة ، فهو يبرأ من التزامه بالتسليم ، ولكن العقد يظل قائما والمشتري يبقى ملزما بدفع الثمن ولا يجوز له استرداده ان كان قد دفعه ، فهو إذن الذي يتحمل تبعه الهلاك (٢٥) •

غير أن هذا النظر يصطدم بنفس نص المادة ١١٣٨ الذي يجري

(٢٣) ديملومب ج ٢٤١ ص ٤١١ و ٤١٢ ، لوران ج ١٦ نبذة ٢٠٨ و ٢٠٩ ، بودري لاكانتيزي وبارد ج ١ نبذة ٤٢٣ و ٢٥٤ •
(٢٤) أنظر بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤١ ، كابيتان ج ٢ ط ٧ ص ٨٤ نبذة ٩٣ ، لاروبيير ج ١ على المادة ١١٣٨ نبذة ٢٣ •
(٢٥) بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤١ •

بأن الالتزام بالتسليم يضع تبعة الهلاك على الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشيء إليه ولو لم يتم التسليم فعلا .
فالواضح من هذا النص أنه يدع الهلاك على عاتق المدين فى الفترة ما بين ابرام العقد والأجل المعين للتسليم ، فلا تنتقل هذه التبعة الى الدائن الا من الوقت الذى كان يجب فيه التسليم . وظاهر أن هذا الحكم لا يكفى لتفسيره مبدءاً الهلاك على المالك وحده .

وقد حدا ذلك العلامة جوسران — وهو أيضا يرى فى نص المادة ١١٣٨ انتصارا لمبدء الهلاك على المالك — الى أن يفسر هذا النص بأنه نتيجة للتجديد الذى استحدثه تقنين نابوليون من مبدء انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدين فيقول جوسران فى ذلك انه من وقت ابرام البيع وبمجرد التعاقد يصبح المشتري مالكا المبيع ، وهو ما مفاده أن البائع قد نفذ أهم التزاماته الناشئة من عقد البيع وهو الالتزام بنقل ملكية المبيع ، فمنذ ذلك الوقت ولو لم يكن قد قام بالتسليم ، فإن الوضع تغير عما كان عليه قبل العقد . فاذا حدث الهلاك بعد ذلك ، فإنه يكون لاحقا لتنفيذ التزام المدين بنقل الملكية . وطالما أن المدين قد نفذ أهم التزاماته ، فإن ذلك يبرر بقاء التزامات الطرف الآخر بالرغم من هلاك الشيء المبيع . فتقع تبعة هذا الهلاك بطبيعة الحال على المالك بصفته مالكا لا بصفته دائنا ، ويستطرد جوسران قائلا : وفى الحقيقة لا تتور حينئذ مسألة تبعة الهلاك على الأقل من زاوية التعاقد ، اذ الأصل أنه اذا هلك شيء ليس محصل تعاقد فانه يهلك على مالكة ، وهو فى حالتنا المشتري الذى صار مالكا ، وبعبارة أخرى فإن الارتباط بين الالتزامات المتبادلة الناشئة من العقود الملزمة للجانبين ينقضى بمجرد وفاء بعض هذه الالتزامات (٢٦) .

ونرى أن مذهب جوسران فى ذلك يصطدم بنفس الاعتراض الذى تقدم أن مذهب بلاتنيول أصطدم به ، وفوق ذلك فإن جوسران فى محاولته

رد حكم المادة ١١٣٨ الى مجرد تطبيق للقاعدة العامة ، يقرر أن التزامات المدين قد تم تنفيذها بمجرد توافق المتعاقدين (هذا المتوافق الذى يكفى بذاته لنقل الملكية من البائع الى المشتري) ويرتب على ذلك أن مسألة الهلاك لا يصح النظر اليها بعد ذلك من زاوية التعاقد ، ولكنه فى ذلك يلتفت عن التزامين هامين من التزامات المدين هما الالتزام بتسليم الشيء والالتزام بالمحافظة على الشيء الى حين تسليمه وهما التزامان رئيسيان مقرران صراحة بنص المادة ١١٣٦ لم يتم تنفيذهما ومن شأن عدم تنفيذ أيهما ولو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى أن يؤدى الى فسخ العقد .

وعندى أن نص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى يتضمن حلا توفيقيا بين النظريتين المختلفة التى كانت تتنازع مسألة تبعة الهلاك عشية وضع التقنين المدنى الفرنسى . فقد رأينا أن مبدأ الهلاك على المدين كان يمثل القاعدة العامة للعقود كافة ، وكان يرد عليه استثناء فيما يتعلق بعقود البيع والتصرف حيث كان يحكمها مبدأ الهلاك على الدائن . فالمدين كان كقاعدة عامة يظل محتفظا بملكية الشيء الى أن يتم تسليمه الى الدائن ، وتبعاً لذلك كانت تبعة الهلاك تُلزمه حتى هذا الوقت ، أما فى عقد البيع ، فلو أن البائع كان يظل محتفظا بملكية المبيع الى أن يتم تسليمه الى المشتري ، فإن هذا الأخير كان يتحمل تبعة الهلاك منذ إبرام العقد . فكانت الأهمية العملية بين القاعدة والاستثناء تتركز فى تبعة الهلاك الذى يحدث فى الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم الشيء . ويجب أن لا يغيب عن البال انه فى ذلك العهد لم يكن يتم انتقال الملكية بمجرد اتفاق العاقدين بل بحصول التسليم . فكان طبيعياً إذن أن تقع تبعة الهلاك الذى يحدث فيما بين العقد والتسليم على عاتق المدين ، لأن الشيء كان فى هذه الفترة لا يزال باقياً على ملكه وكان هو ملتزماً بتسليمه . أما أن تقع تبعة الهلاك على المشتري وهو الدائن فى عقد البيع فى حين أن الملكية كانت تظل للبائع الى حين التسليم ، فقد بدا ذلك بالغ الشدة ، وبخاصة فى نظر أنصار مدرسة القانون الطبيعى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ، فعندى هؤلاء باسم العدالة بأن يؤخر انتقال تبعة الهلاك الى عاتق المشتري

حتى يتم تسليم الشيء إليه ، وبالتالي حتى يصير مالكا • وأوجزوا مذهبهم في شعار الهلاك على الملك *res perit domino* ، وفي الحقيقة كان مذهبهم يؤدى الى قلب الاستثناء المقرر. فيما يتعلق بعقود البيع والتصرف وبالتالي الى العودة الى المبدأ الأصلي. مبدأ الهلاك على المدين ، ذلك أن المبدأين مبدأ الهلاك على الملك ومبدأ الهلاك على المدين ، كان يؤدى تطبيقهما الى نفس النتيجة وهي جعل الهلاك على المدين — سواء كان بائعا أو غير بائع — حتى التسليم ، أى طوال الوقت الذى كان يظل فيه مالكا • فلم يكن ثمة داع لاستحداث مبدأ جديد في هذا المجال (٢٧) ، وصولا الى نفس النتيجة التى كانت تؤدى اليها القاعدة الأصلية المعتمدة هي القاعدة العامة في العقود • ومع ذلك فإن واضعى تقنين نابوليون ، تحت اغراء الفكرة الجديدة واقتناعا منهم بعندالة مذهب القانون الطبيعى ، انحازوا صراحة الى الأخذ بمبدأ الهلاك على الملك (٢٨) • غير أنهم بدلا من أن يؤفروا انتقال تبعة الهلاك الى حين حصول التسليم وانتقال الملكية لجاءوا بالعكس من ذلك الى تقديم انتقال الملكية بربطه بوقت ابرام العقد • وهذا هو ما توخوه بالنص في المادة ١١٣٨ على أن الالتزام بتسليم الشيء يتم تنفيذه بمجرد توافق ارادتي العاقدين •

وهم بذلك اعتقدوا أنهم بتقريرهم انتقال الملكية غورا بمجرد توافق الارادتين وجميعهم بذلك في شخص المشتراط صفتى الدائن بشئ معين والمالك له سيخفون من حدة الخلاف الناشب في شأن تبعة الهلاك وكانوا يؤملون أنهم بذلك سيرضون أنصار النظريات المختلفة وإن كلا منهم سيجد في هذا الحكم تكريسا لرأيه (٢٩) •

(٢٧) انظر في اصل قاعدة الهلاك على الملك بلاتويل ج ٢ ص ٥٦ نبذة ١٣٤٦ والهامش ١ •
(٢٨) ويظهر ذلك بوضوح من الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى انظر بصفة خاصة تقرير بيجو برناميه الى المجلس التشريعى في مجموعة فينيه للامال التحضيرية ج ١٣ ص ١٣٠ وتصريح القنصل كيباسيريين في المجموعة ذاتها ج ١٤ ص ٢١ •
(٢٩) انظر ديولومب ج ٢٤ ص ٤١٤ نبذة ٤٢٤ •

غير أن مجرد اعتناق مبدأ الهلاك على المالك مقترنا بتقرير انتقال الملكية فور العقد لم يكن ليغير شيئا من الشدة التي كان القانون القديم يعامل بها المشتراط في التزام باعطاء شيء ، اذ ظل هذا الأخير يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث في الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم الشيء . ومن غير المقبول أن يكون واضعو التقنين المدني الفرنسي اذ أخذوا في جلاء القاعدة الجديدة ، قاعدة الهلاك على المالك ، لم يقصدوا الى التخفيف من تلك الشدة التي كانت منتقدة في القانون القديم والتي كانت منطلقا لمذهب القانون الطبيعي في هذا الخصوص .

فلم يكن الأمر في نية واضعي تقنين نابوليون مجرد استبدال الفاظ بأخرى ، بل كان قصدهم التوفيق فعلا بين نظريات مختلفة كانت تتنازع مسألة تبعه الهلاك ، أولها القائلة بالاستثناء التقليدي الذي يأخذ بمبدأ الهلاك على الدائن ، والثانية هي القائلة بمبدأ الهلاك على المالك والتي كانت تؤدي — في الظروف التي قال فيها أنصار مذهب القانون الطبيعي — الى نفس النتيجة التي كانت تؤدي اليها القاعدة العامة العتيقة قاعدة أن الهلاك على المدين . وقد انحصر التوفيق بين النظريتين في تجزئة الفترة الفاصلة بين إبرام العقد وحصول التسليم لامكان ربط انتقال تبعه الهلاك ليس بمجرد توافق الارادتين الذي أصبح كافيا لانتقال الملكية . ولا بحصول التسليم الفعلي بل بالوقت الذي كان يجب أن يتم فيه هذا التسليم ، شريطة أن لا يكون المدين في ذلك الوقت معذرا للتسليم .

وبين ذلك في جلاء من نص الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ مدني فرنسي التي قصد بها بيان النتائج التي يجب ترسيمها على حكم الفقرة الأولى من المادة ذاتها ، وهي :

١. — ان الالتزام بالتسليم متى أصبح تاما بمجرد توافق الارادتين يجعل الدائن مالكا من وقت إبرام العقد . فعبارة النص التي تقول : « من الوقت الذي كان يجب فيه التسليم » لم يقصد بها البتة أن ترد

على الأكثر الناقل للملكية ، لأن الاجماع منعقد على أن الاتفاق على تأجيل التسليم لا يحول دون انتقال الملكية الى المشتري فور التعاقد .

٢ — وان الالتزام المذكور يجعل تبعة الهلاك على الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم اليه الشيء .

وهذا الوقت قد يكون هو نفس وقت ابرام العقد وانتقال الملكية عند عدم الاتفاق على أجل يعلق عليه التسليم ، وقد يكون وقتا آخر في الحالة العكسية أى في حالة الاتفاق على أجل للتسليم . غفى هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل تبعة الهلاك الى الدائن الا من وقت حلول الأجل المتفق عليه للتسليم . وحينئذ تنتقل هذه التبعة من الوقت المذكور ولو لم يتم التسليم فعلا في هذا الوقت .

وهذا الحل الذى قدمنا أنه كان وليد الرغبة في التوفيق بين النظريتين المتعارضتين جاء في الوقت ذاته منطقيا وعادلا .

فهو منطقي لأنه يتسق مع التعديل الذى استحدثه المشرع باعتناقه نظرية الهلاك على المالك مقترنة بتقريره الانتقال الفوري للملكية ، بدلا من ابقائه على الاستثناء التقليدى العتيق الذى كان يجعل الهلاك على الدائن .

ولم يكن هذا التعديل المستحدث ليؤدى الى نتيجة تذكر لولا أنه اقترن بتأخير انتقال تبعة الهلاك الى الوقت الذى كان يجب فيه أن يتم التسليم . فهذه العبارة الأخيرة التى وردت في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ قد سمحت بتخفيف الشدة التى كان الدائن يعامل بها في القانون القديم دون أن يؤدى ذلك الى المبالغة في التخفيف عن الدائن أو الى اثقال كاهل المدين . وهذا بالذات ما جعل حكمها عادلا فوق كونه منطقيا ، إذ أنه مما يجافى العدالة أن يحمل الدائن بتبعة الهلاك من قبل الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم الشيء اليه ، طالما أن الشيء لم يدخل في

حيازته بعد وطالما أنه ممنوع قانونا من أن يتسلمه (بحكم الأجل المعين للتسليم) • كما يجافى العدالة أيضا أن يحمل المدين تبعة هلاك الشيء الذى يحدث ابتداء من الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشيء الى الدارن اذا لم يكن هو قد تسبب فى عدم حصول التسليم فى الوقت المحدد لاجرائه •

ومن الناحية القانونية البحتة ، يسهل تعليل هذا الحل بالرجوع الى تاريخ المسألة • فان الوقت الذى يجب فيه التسليم اعتبر دائما طوال المدة منذ عهد القانون الرومانى والى حين وضع تقنين نابوليون ، وقتا حاسما فيما يتعلق بانتقال تبعة الهلاك سواء تم هذا الانتقال طبقا للقاعدة العامة قاعدة الهلاك على المدين أم تم طبقا للحكم الاستثنائى الذى يجعل الهلاك على الدائن • فكان اذن من الطبيعى أن يحفظ واضعو تقنين نابوليون لهذا الوقت أهميته التقليدية • وقد فعلوا ذلك ولم يكتفوا فقط بربط انتقال تبعة الهلاك بوقت حصول التسليم المادى للشيء بل ابتدعوا الى جانب التسليم المادى نوعا من التسليم القانونى • واعتبروا هذا النوع الأخير من التسليم متحققا ، وبالتالي ناقلا تبعة الهلاك من المدين الى الدائن طالما أنه لم يوجد أجل معين للتسليم أو وجد أجل وانقضى وكان المدين غير معذر للتسليم ولم يحصل منه ما يعوق التسليم •

فالقاعدة التى اعتنقها واضعو التقنين المدينى ، قاعدة الهلاك على المالك قاعدة مقيدة بضرورة حصول التسليم المادى أو القانونى • وهذا القيد مستفاد من عبارة « منذ الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشيء » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ ، والتى لا يمكن تفسيرها بغير هذا المعنى •

ومع ذلك فان هذا التفسير قد يثير بعض الاعتراضات ، منها :

الاعتراض الأول :

يبدو هذا التفسير متعارضاً مع نص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨

الذى يقضى بأن الالتزام بتسليم الشيء يصبح تاما بمجرد توافقه ارادته المتعلقدين. لأنه اذا كان الالتزام بالتسليم يصبح تاما بمعنى أنه يعتبر قد تم تنفيذه. بمجرد توافقه الارادتين ، فيمكن أن يفهم ذلك على أن جميع آثاره تعتبر قد تم تنفيذها بما في ذلك انتقال الملكية وانتقال تبعه الهلاك من وقت ابرام العقد ، واذن لا يكون ثمة محل لربط انتقال تبعه الهلاك بالتسليم المادى للشيء ، وبالتالي لا تكون ثمة حاجة للالتجاء الى فكرة تسليم قانونى تتحقق بحلول الأجل. المعين للتسليم وبانتفاء كل عائق للتسليم من جانب المدين .

وهذا الاعتراض يمكن أن يجد له سندا أيضا في نص المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسى الوارد في باب البيع والذى يجرى بأن البيع يصبح تاما فيما بين عاقديه وتنتقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري ، بمجرد الاتفاق على المبيع وعلى الثمن ، ولو لم يتم تسليم المبيع ولا دفع الثمن « (٣٠) » .

رد هذا الاعتراض :

ولرد هذا الاعتراض يكفى الرجوع الى الأصل التاريخى لنص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى .

سواء في القانون الفرنسى القديم أو في القانون الرومانى لم يكن مجرد توافق الطرفين كافيا لنقل ملكية المبيع فكان لابد فوق ذلك من حصول تسليم المبيع *la tradition* ، غير أن العمل جرى على التخفيف من هذا الشرط بالالتجاء الى فكرة التسليم الحكمى *tradition feinte* وذلك بادراج شرط في العقود وبخاصة عقود البيع يقرر البائع بمقتضاه أنه تخلى عن حيازة الشيء وأناطها بالمشتري ، ويقرر

المشتري من جانبه أنه تسلم الشيء ، وكان هذا الشرط — شرط التخلي — والتخلي يسمى *clause de dessaisine - saisin* ، وجرى العمل بادراج هذا الشرط في العقود *clause de style* حتى أصبح يفترض وجوده فيها ، ويتم بذلك نوع من التسليم الحكيم يقوم مقام التسليم الفعلي ويترتب عليه انتقال الملكية (٣١) .

ويقول دييولومب في ذلك أنه منذ ذلك العهد كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ولكن لأن الاذهان كانت متأثرة بفكرة أن التسليم ضروري لانتقال الملكية ، استمر العمل على ادراج شرط التخلي والتخلي في العقود ، وبذلك كان يتحقق التسليم الحكيم .

فالقانون الفرنسي القديم ظل حتى آخر عهده يتطلب من حيث المبدأ ضرورة التسليم لتحقيق انتقال الملكية ولكنه في الواقع استغنى عنه .

وهذا ما يبين لنا حقيقة المقصود بعبارة المادة ١١٣٨ مدني فرنسي فالالتزام بالتسليم ، أعنى ضرورة التسليم اللازم لانتقال الملكية ، باق أو على الأقل مفروض أنبأق ، ثم يقرر النص أن هذا الالتزام بالتسليم يتم *est parfaite* ، أى أنه يعتبر قد تم تنفيذه بمجرد اتفاق العاقلين (٣٢) . ويظهر من ذلك أن واضعي التقنين المدني الفرنسي أرادوا الاستغناء عن شرط التخلي والتخلي الذي كان العمل قد جرى على ادراجه في العقود ، واعتبروه نافلا ، أو ربما افترضوا وجوده دائما في كل العقود .

ولا تدع الأعمال التحضيرية مجالا لأى شك في هذا الخصوص ، اذ يبين منها أن مفاد الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨ أن التسليم الحكيم الذي كان ضروريا في عهد القانون القديم ليتحقق به انتقال الملكية

(٣١) انظر دييولومب ج ٢٤ ص ٤٠٠ .

(٣٢) انظر لارومير ج ١ المادة ١١٣٨ نبذة ٣ و ٤ ، بودرى لاكانيزي وبارد ج ١ نبذة ٣٠٤ وما بعدها .

أصبح يعتبر في هذا الخصوص أنه قد تم تنفيذه بمجرد اتفاق العاقدين .

وهذا هو المعنى الوحيد لعبارة *L' obligation de livrer est parfaite* سواء في المادة ١١٣٨ أو في المادتين ١٥٨٣ و ١٥٨٦ ،

ففي هذه المواد يقصد بتمام الالتزام بالتسليم أو بتمام البيع اتمام التسليم الحكمي الذي كان يترتب عليه انتقال الملكية . وهذا واضح تماما من عبارة المادة ١٥٨٣ ذاتها ومن تعليق النائب فور *Faure* عليها حيث قال : « مادام قد تم الاتفاق على المبيع وعلى الثمن يصبح البيع تاما ، فيصير المشتري مالكا للمبيع وتزول ملكية البائع ايّاه . ويصبح البيع تاما ولو لم يكن البائع قد نفذ شيئا » (٣٣) . وتمام العقد هذا *cette perfection du contrat* لا يشمل انتقال تبعة الهلاك — كما في

نص المادة ١٥٨٥ الذي يقضى بأنه « اذا لم يكن بيع العروض جزاها *en bloc* فان البيع لا يصبح تاما *n'est point parfaite*

بمعنى أن تبعة هلاك الأشياء المباعة تبقى على عاتق البائع الى أن يتم وزنها أو عدها أو كيلها » لأن كلمة *parfaite* في هذا النص الأخير استعملت بمعنى آخر غير المعنى الذي استعملت فيه في المادة ١١٣٨ وفي المادة ١٥٨٣ ، بدليل أن المشرع نفسه اضطر أن يفصح في نص المادة ١٥٨٥ ذاته عن المعنى الذي قصده غيه بالكلمة ذاتها حيث قال :

«*Qu'en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur Jusqu'a ce elles soient pesées, comptées ou mesurées*

وذلك بناء على ملاحظة من قسم التشريع في مجلس الدولة
le Tribunt».

فمن الواضح من نص الفقرة الأولى للمادة ١١٣٨ مدني فرنسي أن الالتزام بالتسليم لا يعتز تاما الا غيما يتعلق بانتقال الملكية وان ذلك لا يستبعد احتمال الاتفاق على أرجاء التسليم الى أجل معين ، وبذلك ينتفى كل تناقض بين القول بأن الالتزام بالتسليم يصبح تاما بمجرد

اتفاق العاقدین (الفقرة الأولى من المادة ١١٣٨) والقول في الفقرة الثانية بأن الالتزام بالتسليم يجعل تبعة الهلاك على عاتق الدائن من الوقت الذي كان يجب فيه أن يسلم الشيء إليه .

الاعتراض الثاني :

ان الحل سالف الذكر يتعارض مع نص المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى الذى يقضى بأنه « اذا لم يكن بيع العروض جزافا بل بيعت بالوزن أو بالعدد أو بالكيل ، فان البيع لا يكون تاما بمعنى أن الأشياء المباعة تبقى تبعة هلاكها على البائع الى أن يتم وزنها أو عددها أو كيلها . . . » .
اذ المعروف أنه في بيع الأشياء المثلية لا تنتقل الملكية الا باغراز المبيع ، ولأن نص المادة ١٥٨٥ يربط انتقال تبعة هلاك المبيع المثلى بوقت اغرازه ، لهذا دليل على أن المشرع اعتبر انتقال تبعة الهلاك كنتيجة لازمة لانتقال الملكية . ويرى القائلون بهذا الاعتراض أن مؤدى ذلك أن كلا الاثرين المذكورين يتحققان بمجرد وزن المبيع أو عدده أو كيله ، ولو كان تسليم المبيع مرجأ الى وقت لاحق .

وهذا الاعتراض ميسور رده بما يلى :

انه وان كان من المقرر بصفة عامة أنه في بيع الأشياء المثلية لا تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري الا باغراز المبيع سواء تم الاغراز في حضور المشتري من طريق الوزن أو العدد أو الكيل ، أو تم في غير حضوره من طريق الوزن أو العدد أو الكيل مقتربنا بتصدير المبيع (٣٤) ، فلا مناص من التسليم بأن الهلاك يبقى على عاتق البائع في الأمثلة الآتية :

(٣٤) انظر امرنج في ملاحظات على نظرية الهلاك في عقد البيع في مجموعة أعماله المختارة ، ترجمة ميلينارى Meulenaere ، باريس ١٨٩٢ ص ١٢٥ .

(أ) دخل شخص مطعما مع ثلاثة رفاق وطلب أربع زجاجات من شراب معين ، ولم يكن في المطعم في هذه اللحظة سواهم ، فأعدت الزجاجات الأربع وتم تسليمها للغلام المكلف بحملها الى مائدة العملاء المذكورين ، وفي طريقه اليهم عثرت قدماء دون أى خطأ منه فانقلب على وجهه وانكسرت الزجاجات ، فهل يسوغ القول بأن تبعة هلاكها تكون على العملاء الذين أعدت لهم هذه الزجاجات ؟

(ب) اشترى أحد التجار عشرة قناطير من القطن من صنف ورتبة معينين على أن تسلم اليه في عشر بالات ، وتم وزن المقدار المبيع في حضور المشتري وترك لدى البائع لكبسه في بالات ، ثم هلك في حريق لا يد فيه للبائع ، فهل يسوغ القول بأن هلاكه يكون على المشتري •

(ج) باع تاجر ترزى ثوبا يفصله لعميله من قماش يختاره هذا الأخير ، فاختار المشتري القماش وقصه الترزى في حضور المشتري ، ثم سرق من المحل في اعتداء مسلح ، فهل تقع تبعة هلاكه على المشتري ؟

لقد أثبت اهرنج بحجج قاطعة أن تبعة هلاك المبيع المثلّى لا تنتقل الى المشتري من وقت اغراز المبيع بل من الوقت الذى يكون فيه البائع قد أتم من جانبه كل ما كان ملزما أن يقوم به بموجب العقد (٣٥) • وقال في ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل الى المشتري من الوقت الذى يتم فيه التسليم أو الذى يصبح فيه المشتري معذرا للتسليم • صحيح ان التسليم يتم في الواقع في صور مختلفة حسب الأحوال ولكنه من الناحية القانونية يتم دائما في الوقت الذى يقوم فيه المتعهد بكل ما التزم به وفقا للنية المشتركة للطرفين (٣٦) •

وهذا الرأي يجد تأييدا له في الأعمال التحضيرية للمسادة ١٥٨٥

(٣٥) اهرنج المرجع السابق ص ١٢٥ •
(٣٦) اهرنج في المرجع السابق ص ١٢٩ •

مدنى فرنسى حيث يقول تريلهار Treilhard « اذا اشترى شخص مقدارا معيناً من العروض بالمقاس أى دون أن يكون البيع جزاءاً en bloc فإن البيع لا يعتبر تاماً la vente n' est parfaite الا بعد أن يتم قياس المبيع وتسليمه » (٣٧) . هذه هى النية الواضحة الجلية لواضعى التقنين المدنى الفرنسى .

فعبارة المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى يجب فهمها على أن المشرع نظر فيها الى الحالة الغالبة فى العمل وهى الحالة التى يكون فيها المثلث المبيع قابلاً للتسليم بمجرد افرازه ، ولكن هذا لا ينفى أنه اذا كان المبيع غير واجب التسليم الا بعد وقت معين من تاريخ افرازه ، فإن تبعة هلاكه تبقى على البائع الى الوقت الذى يجب فيه تسليمه الى المشتري ، وهذا الحكم لا يعمدو فى النهاية أن يكون تطبيقاً لحكم المادة ١١٣٨ فقرة ثانية . وهكذا يتم التوفيق بين النصين ، ولا محل للقول بتعارضهما ، وبذلك يسقط الاعتراض الثانى كما سقط الاعتراض الأول .

٢ - فى القانون المقارن :

بالرجوع الى القانون المقارن يبين أن الشرائع التى أرادت الأخذ بالمبدأ الاستثنائى الجديد الذى يجعل تبعة الهلاك على المالك قد نصت صراحة على أن تبعة هلاك الشيء تنتقل الى المشتري بمجرد ابرام العقد وليس من الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشيء . وقد نص على ذلك كل من تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة ١٨٥ منه ، وكذلك تقنين الالتزامات المغربى اذ نص فى المادة ٤٩٣ منه على أنه بمجرد ابرام العقد يصبح المبيع فى ضمان المشتري ولو لم يتم التسليم (٣٨) والتقنين المدنى

(٣٧) انظر مجموعة نيينه للاعمال التحضيرية ج ١٤ ص ٢١ .
(٣٨) قارن مع ذلك المادة ٩٦ التى تنص بان المبيع يكون فى اثناء نقله فى ضمان البائع الى ان يصل الى المشتري .

الهولندي اذ تنقضى المادة ١٢٧٣ منه بأن الالتزام بتسليم شيء معين يجعل
تبعه هلاك هذا الشيء على الدائن من وقت نشوء هذا الالتزام .

ويظهر أن الأمر كذلك أيضا في التقنين المدني البرتغالي حيث تنص
المادة ٧١٧ منه اذا هلك الشيء المبيع أو تلف في أثناء وجوده في حيازة
من باعه ، فتمتق تبعه هلاكه على المشتري ما لم يكن الهلاك أو التلف
راجعا الى خطأ حائزه أو الى اهماله .

وعلى النقيض من ذلك القانون الانجليزي والقانون النمساوي
فانهما متمسكان بالقاعدة العامة ويرغضان الاستثناء منها ، فهما يبيان
حتى انتقال الملكية قبل التسليم (٣٩) ، فيقرر أنه اذا هلك الشيء قبل
التسليم فيكون هلاكه على المدين الذي بقي مالكا (٤٠) ولكنه يتحمل تبعه
الهلاك باعتباره مدينا لا باعتباره مالكا كما يقول بلانيول (٤١) ، اذ لا
داعي للالتجاء الى الاستثناء طالما أن تطبيق القواعد العامة يؤدي الى
النتيجة ذاتها . وقد أخذ قانون الجمهورية الفضية بمثل ما ذهب اليه
القانونان الانجليزي والنمساوي حيث نص في المادة ٦١١ منه على أن
الدائن لا يكسب أى حق عيني على الشيء طالما هو لم يتسلمه ، وفي المادة
٦١٢ منه على أن الالتزام باعطاء شيء قيمى يجب أن ينقل حقا عينيا
على هذا الشيء ، وينقضى الالتزام بالنسبة الى الطرفين اذا هلك الشيء
دون خطأ من المدين . فهذه الشرائع مع أخذها بالقاعدة الرومانية فيما
يتعلق بنقل الملكية ، أبت أن تأخذ بما أخذ به الرومان فيما يتعلق بتبعه
الهلاك في عقد البيع .

ويبدو أن الشرائع التى لا تأخذ بانتقال الملكية بمجرد العقد هي
وحددها التى تطبق فيما يتعلق بتبعه الهلاك في العقود التى تنشئ التزاما

(٣٩) انظر احمد فتحى زغلول باشا ص ٢١٦ .

(٤٠) انظر بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ ، فتحى زغلول باشا ص ٢١٦ .

(٤١) بلانيول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ .

باعطاء شيء القاعدة العامة التي تجعل الهلاك على المدين ، غير أن الحقيقة خلاف ذلك إذ أن قانون ولاية كيبيك الذي أخذ — خلافا للقانونين الانجليزي والنمساوي — بانتقال ملكية المبيع المدين بذاته الى المشتري بمجرد توافق الارادتين ولو لم يتم تسليمه (المواد ١٠٢٥ و ١٤٧٢ في باب البيع و ١٥٩٦ في باب المقايضة) ، قد أحال مع ذلك صراحة الى القاعدة العامة فيما يتعلق بتبعية الهلاك . فهو بالرغم من أخذه بانتقال الملكية فور التعاقد يجعل تبعية الهلاك على المدين طالما أنه لم يف بالتزاماته بما فيها الالتزام بالتسليم . وهذا يدل على أن قاعدة الهلاك على المالك ليست نتيجة لازمة للأخذ بانتقال الملكية بمجرد توافق الارادتين كما يذهب الى ذلك أغلب الشراح .

ويظهر ذلك حتى في بعض الأنظمة القانونية القديمة التي تتعارض مع القانون الروماني . غنى الشريعة الاسلامية بالرغم من أن انتقال الملكية يتم بمجرد تعاقد الطرفين ، فإن تبعية الهلاك تبقى على المدين حتى التسليم ، وكذلك كان الأمر في القانون الجرمانى القديم بل ان القانون الألماني مع انه سار على درب القانون الروماني فيما يتعلق بالالتزامات بوجه عام ، قد أخذ فيما يتعلق بتبعية هلاك المبيع بما كان متبعيا في القانون الجرمانى القديم ، فتنص المادة ٤٤٦ منه على أن « تسليم الشيء المبيع ينقل الى المشتري تبعية هلاكه أو تلفه الراجع الى حادث مفاجيء » . غير أن النص ذاته يضيف الى ذلك أنه اذا كان مشتري العقار قد سجل شراءه في السجل العقارى باعتباره مالكا قبل تسلمه ، فإن تبعية الهلاك تنتقل اليه من وقت هذا التسجيل . وقد خيل لبعض الشراح من هذه الفقرة الأخيرة ان القانون الألماني يأخذ بقاعدة أن الهلاك على المالك (٤٣) ، ولكن الأمر بخلاف ذلك ، لأن الفقرة الأولى

(٤٢) انظر سالى في المرجع السابق نبذة ١٨٤ .

(٤٣) انظر بلانبول ج ٢ نبذة ١٣٤٩ ، عبد السلام ذهني نبذة ٢٠٢ .

وقريب فتحي زغلول باشا ص ٢١٦ ، حلمى عيسى باشا في البيع ص ٢٨٤ نبذة ١١٨٩ .

قد قررت قاعدة أن الهلاك على المدين ولم يقصد بالفقرة الثانية الا ابراز أن التسجيل في العقارات يقوم مقام التسليم .

وقد نحا التقنين البرازيلي نحو التقنين الألماني في هذا الشأن في المادتين ١١٣٦ و ١١٢٧ منه .

٤ — في الفقه الاسلامي :

يتميز الفقه الاسلامي فيما يتعلق بتبعية الهلاك بخصيصة هامة يمكن أن ترشدنا الى حل المسألة في القانون المصري وتتيح لنا التقريب بين هذا الحل وبين حكم المادة ١١٣٨ مدني فرنسي .

غنى الفقه الاسلامي تنتقل الملكية بمجرد توافق الارادتين (٤٤) ، ولكن تبعية الهلاك تبقى على عاتق المدين حتى التسليم (٤٥) ، تلك هي القاعدة العامة التي سار عليها اعلام الفقه الاسلامي ولم يحد عنها أيهم حتى في عقود البيع والتصرف (٤٦) غير أنه لم يغيب عنهم ما في هذه القاعدة من شدة بالنسبة الى المدين ، فعالجوا ذلك بالتوسع في فكرة التسليم بأن قرروا أن التسليم لا يكون فقط بنقل حيازة الشيء الفعلية ، وانما يتم أيضا بمجرد وضع المدين الشيء تحت تصرف الدائن بحيث يتمكن هذا من قبضه دون عائق (٤٧) ، فهم قد اعتبروا أنه يوجد علاوة

(٤٤) فتحى زغلول باشا ص ٢١٥ و ٢١٦ .

(٤٥) انظر حلى عيسى باشا في البيع ص ٣٨٤ نبذة ١٣٤٠ ، عبد السلام ذهني بك ص ٢٠٠ نبذة ٢١٢ ، أحمد قدرى باشا في مرشد الحيران المادة ٣٦٦ ، أحمد ابراهيم بك في المعاملات سنة ١٩٣٦ ص ١٤٢ ، أحمد أبو الفتح بك في المعاملات سنة ١٩١٦ ص ٩٢ ، شفيق شحاتة في نظرية عامة للالتزام في الفقه الاسلامي سنة ١٩٣٦ ص ١٤٧ .

(٤٦) انظر المادة ٤٣٤ من مرشد الحيران والمادة ٢٠٣ من المجلة والمادة ٤٧ من المشروع النهائي للباب المتعلق بمعد البيع مجلة القضاء بغداد السنة الثانية نبذة ٣ و ٤ ص ٣٢٤ .

(٤٧) انظر المادة ٤١٤ من مرشد الحيران لقدرى باشا والمادة ٢٦٣ من المجلة والفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٦٦ وقد جاء فيه أن تسليم البيع هو أن =

على التسليم المادى للشيء نوع من التسليم القانونى يتم بمجرد وضع الشيء تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من التصرف فيه فعلا ، واشتراطوا لذلك شرطين : (١) من جانب المدين أن يضع الشيء محل الالتزام تحت تصرف الدائن ، بحيث يتمكن هذا الأخير من قبضه ، (٢) ومن جانب الدائن مكنة قبض الشيء والتصرف فيه دون أن يعوقه عائق .

وأجروا تطبيق ذلك فى حالات كثيرة ، فجاء فى الفتاوى الهندية (ج ٣ ص ١٦) : « اذا باع رجل خلا فى برميل موجود لديه ، ورخص للمشتري فى تسلمه ، فوضع المشتري خاتمه على البرميل وتركه فى دار البائع . فان هلك الخل أو تلف بحادث فجائى فقتع تبعة هلاكه على المشتري ، وجاء فى ص ١٧ منها اذا اشترى شخص ثوبا ورخص له البائع فى تسلمه ثم سرق الثوب بالقوة المسلحة قبل أن يتسلمه المشتري ، فيعتبر المالك حاصلا بعد التسليم اذا كان فى وسع المشتري وقت ذلك الترخيص أن يمد يده ويأخذ الثوب دون أن ينهض ، والا فلا يعتبر التسليم قد تم ، وجاء فى المادة ٢٧٣ وفى المادة ٤٣٨ من مرشد الصيران أنه اذا وزن أو كيل المبيع المثلّى ووضع فى الأوعية التى قدمها المشتري لهذا الغرض ، فان التسليم يعتبر قد تم .

= يخلى بين البيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه دون حائل « ، وجاء فى البدائع ج ٣ ص ٢٤٤ : « وأما تفسير التسليم والقبض فعندا هو التخلية والتخلّى وهو أن يخلّى البائع بين المشتري ورفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له ، وكذا تسليم الثمن من المشتري الى البائع » ، واعترافا بجزية فكرة التسليم هذه اعتمدها الاستاذ السنهاورى وأدخلها فى مشروع التقنين المدنى العراقى (انظر المادة ٣٥ من المشروع النهائى للباب المتعلق بمعد البيع بمجلة القضاء ، بغداد السنة الثانية المعدادان الثالث والرابع ج ٢ ، ٧/٣٢٤) .

٤ - في القانون المصرى :

وقد تضمن التقنينان المصريان في المادتين ٢٩٧/٣٧١ منهما صيغة تقرب من صيغة القانون الألماني ومن صيغة الفقه الاسلامى فنصت هاتان المادتان على أنه اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد * .

وقد نصت المادة ٢٦٦/٣٣٦ على أن « ينشأ عن البيع ٠٠٠ على حسب الأحوال أن يكون المبيع في ضمان المشتري » .

ونصت المادة ٢٤١/٣٠٧ على أنه اذا كان البيع ليس جزاءها بل كان بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس فلا يعتبر البيع تاما بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس » (٤٩) .

فالمواد ٢٦٦/٣٣٦ و ٢٤١/٣٠٧ وكذلك المادة ٢٤٠/٣٠٦ يظهر أنها خلافا لنص المادة ٢٩٧/٣٧١ قد اطرحت قاعدة الهلاك على المدين في هذا المجال واعتمدت بدلا منها قاعدة الهلاك على المالك (٥٠) . وقد أوهم ذلك بعض الشراح بأن أحكام القانون المصرى في شأن الهلاك غير متسقة

(٤٩) هاتان المادتان مطابقتان تمام المطابقة للعبارة الاولى من المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى . وقد أصاب المشرع المصرى باغفاله العبارة الاخيرة من هذه المادة التى تقضى بأن للمشتري في هذه الحالة أن يطالب اما بالتسليم واما بالتعويض أن كان له محل في حالة عدم تنفيذ البائع التزامه ، ذلك أن المشرع المصرى اعتبر أن التسليم قد تم بإجراء العد أو الوزن أو الكيل (قرب في ذلك المادة ٢٧١/٣٤٢ الذى تقدم ايراد نصها) . ومن ناحية أخرى فإن التعويض عن عدم وفاء الالتزام مقرر بمقتضى القواعد العامة دون حاجة الى أن ينص عليه بنص خاص في هذا المقام .

(٥٠) قرب في هذا المعنى استثناف مختلط ٦ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٣٨) ، واستثناف وطنى القاهرة ١٦ أبريل ١٩٣٠ الحامية ١١٠ - ٤٠ - ٢٢ .

لهيما بينها وان المشرع المصرى رغبة منه فى التوفيق بين القوانين الحديثة
والفقه الاسلامى فى هذا الشأن قد نص على أحكام يناقض بعضها
بعضاً (٥١) .

وقد حاول هالتون أن يوفق بين أحكام المادة ٢٦٦/٣٣٦ والمادة
٣٧١/٢٩٧ فذهب الى أن أولى هاتين المادتين تجعل الهلاك على المشتري
حسب الأحوال ، أعنى فى الحالات المشار اليها فى العبارة الأخيرة من
المادة الثانية وهى الحالات التى يكون فيها المشتري معذراً (٥٢) ، غير
أن هذا التفسير لا يؤدي الى الغرض المقصود وهو التوفيق بين مختلف
النصوص المشار اليها ، لأنه عندما يكون المشتري معذراً لانما يتحمل
تبعة الهلاك نتيجة لاعذاره ووفقاً للمبادئ العامة ولحكم المادة
٣٧١/٢٩٧ ذاته ، وليس نتيجة لآثار البيع وطبقاً للمادة ٣٣٦/٢٦٦ .
هذا فوفق أن هالتون قد أغفل فى محاولته المشار اليها نص المادة ٢٤١/٣٠٧
السالف ذكره .

أما فنتهى زغلول باشا ، فهو بعد أن عرض جميع النصوص آنفة
الذكر قد انتهى منها الى أن المشرع المصرى اعتمد كقاعدة عامة فى عقد
البيع مبدأ الهلاك على المالك ، وأن نص المادة ٣٧١/٢٩٧ يتعين قصر
تطبيقه على الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٧/٢٤١ ، حالة المبيع
المثلث الذى يتعين وزنه أو عدده أو كيله (٥٣) .

(٥١) حلمى عيسى باشا فى البيع ص ٣٨١ ، هالتون ج ٢ ص ٢٦ ،
والتون ج ٢ ص ٢٦٠ و ص ٤٨٢ .
(٥٢) هالتون ج ٢ ص ٢٧ ، انظر أيضاً حلمى عيسى فى البيع ص ٣٨١ ،
والتون ج ٢ ص ٤٨٢ ، ويضيف هذا الآخر الى ذلك جالتين هما حالة قبول
المشتري تحمل تبعة الهلاك والحالة التى يجب أن يتم فيها التسليم بمجرد
إبرام العقد .

(٥٣) فنتهى زغلول باشا ص ٢١٧ .

غير أن هذه النتيجة تصطدم بنص المادة ٣٧١/٢٩٧ ولا سيما أن هذا النص لا ينطبق على الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٠٧/٢٤١ التي يرى غالبية الشراح أنها تتعارض مع تلك النتيجة ، إذ أن الواضح أن المادة ٣٧١/٢٩٧ تربط انتقال تبعة هلاك الشيء بتسليمه في حين أن المادة ٣٠٧/٢٤١ يبدو أنها تربطه بمجرد انتقال الملكية الذي يتم بكل المبيع أو بوزنه أو بعده ، أعنى من الوقت الذي يصبح فيه العقد تاما parfaite

وقد ذهب الأستاذ عبد السلام ذهني بك مذهباً آخر ، فهو بعد أن حلل جميع النصوص التي سبقت الإشارة إليها سواء منها المتعلقة بانتقال الملكية أو الخاصة بتبعة الهلاك ، انتهى إلى أن المشرع المصري قد اعتمد في العقود الناقلة للملكية أو لأي حق عيني قاعدة الهلاك على المالك ، فيما عدا بيع الأشياء المعينة بالذات حيث رجع في شأن هذه الأخيرة إلى قاعدة الهلاك على المدين . وقد أورد سيادته كتطبيقات لقاعدة الهلاك على المالك الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٠٧/٢٤١ وحالة الوديعة والرهن والعارية . غير أنه يلاحظ على هذا الرأي أن التطبيقات الثلاث الأخيرة التي استدل بها هي حالات عقود ملزمة لجانب واحد يتحمل فيها المالك تبعة الهلاك بصفته دائماً بالشيء الذي هلك طبقاً للمبدأ الخاص بالعقود الملزمة لجانب واحد وهو أن الهلاك على الدائن . فالأحكام التي نص عليها في شأن هذه العقود لا يمكن اعتبارها تطبيقاً لقاعدة عامة تحكم العقود الملزمة للجانبين . يبقى بعد ذلك نص المادة ٣٠٧/٢٤١ . فإذا قارناه بنص المادة ٣٧١/٢٩٧ يبين أن الأول يتناول حالة خاصة ، في حين أن الثاني ورد في صيغة عامة تقطع بأنه هو الذي يتضمن القاعدة العامة ، وإن نص المادة ٣٠٧/٢٤١ لا يعدو أن يكون استثناء من تلك القاعدة .

أما حلمي عيسى باشا ، فقد خلاص من دراسة النصوص المشار إليها إلى أن المشرع المصري قد قرر قاعدة عامة تحكم تبعة الهلاك في عقود البيع وهي قاعدة الهلاك على المدين ، وأورد عليها ثلاثة استثناءات : (أولها) حالة ما إذا كان المشتري قد أعذر لتسلم المبيع بانذار رسمي

أو بما يقوم مقامه (المادة ٢٩٧/٣٦٦) ، (والثاني) حالة ما اذا كان المشتري معذرا لتسلم المبيع بموجب العقد ذاته (المادة ٢٩٧/٣٦٦) ، (والثالث) حالة العروض المبيعة جزاها (المادة ٢٤٠/٣٠٦) أو المبيعة بالوزن أو العد أو الكيل (المادة ٢٤١/٣٠٦) اذ تنتقل تبعة الهلاك في هذه الحالات الى المشتري بمجرد تمام عقد البيع .

ويرى حلمى عيسى باشا أن الاستثنائين الأولين يبررهما اعذار المدين بتسلم المبيع . أما الاستثناء الثالث فيرى المؤلف أنه نتيجة غلط غير مقصود وقع فيه المشرع المصرى حيث انه بعد أن أخذ بالمبدأ المقرر فى الفقه الاسلامى كقاعدة عامة رجع عنه فى غير قصد الى المبدأ الذى اعتقد أنه المبدأ المقرر فى القانون الفرنسى .

وعندى أن هذا الحل الأخير لم يكن نتيجة غلط وقع فيه المشرع المصرى ، بل ان ما أخذ به مشرعنا فى جميع النصوص التى عرضناها يشكل تنظيما متناسقا لمسألة تبعة الهلاك لا يرد عليه أى وجه من وجوه النقد التى وجهت اليه . وسندى فى ذلك الاعتماد على العبارة الأخيرة من المادة ٢٩٧/٣٧١ وعلى نص المادة ٢٧١/٣٤٢ وبيان ذلك أن المادة ٢٩٧/٣٧١ تنص على أن تنتقل تبعة الهلاك الى المشتري اذا كان هذا معذرا لتسلم المبيع سواء بانذار رسمى أو بما يقوم مقامه أو بموجب العقد ذاته . وواضح أن اعذار المشتري بموجب العقد ذاته مفاده أن يكون فى العقد نص على أن المبيع تحت تصرفه منذ الوقت المحدد للتسليم أو منذ ابرام العقد اذا لم يكن ثمة أجل للتسليم فالمشتري يتحمل الهلاك منذ الوقت الذى كان يجب فيه تسليم الشئ المبيع اليه طالما أن البائع لم يقع منه ما يحول دون تسليم المشتري ذلك المبيع . وقد أمكن الوصول الى هذه النتيجة بفضل تعريف التسليم الذى عول عليه المشرع فى هذا الصدد والذى أورده فى المادة ٢٧١/٣٤٢ نقلا يكاد يكون حرفيا عن الفقه الاسلامى حيث نصت هذه المادة الأخيرة على أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا من قبضه والانتفاع به

دون حائل . ولو لم يتسلم المشتري المبيع فعلا مادام قد علم أن المبيع تحت تصرفه (٥٦) . فالتسليم القانوني يختلف اذن عن التسليم المادى ، أو بعبارة أخرى أن القانون يعترف بأنه يوجد بخلاف التسليم المادى تسليم قانوني يترتب عليه ذات الأثر . فإذا لم يتسلم المشتري فعلا الشيء المبيع ، فإنه يعتبر أنه قد تسلمه طالما لا يوجد أجل معلق عليه التسليم ولا عائق من جانب البائع يحول دون تسليمه . فإذا لم يكن ثمة فى العقد أجل محدد للتسليم ، فإن التسليم يكون مستحقا وقت ابرام العقد (المادة ٢٧٧/٣٤٨) وبالتالي فإنه اذا لم يكن ثمة أجل معين للتسليم ووضع الشيء تحت تصرف المشتري من وقت ابرام البيع ، فإن تبعه هلاكه تنتقل الى هذا الأخير منذ ذلك الوقت مع انتقال الملكية اليه ، اذ يعتبر المدين انه قد أوفى بالتزامه بالتسليم . أما اذا كان ثمت أجل معين للتسليم أو لم يوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، فيظل الهلاك على عاتق البائع طبقا لقاعدة أن الهلاك على المدين .

يبين من ذلك أن التقنينين المصريين لم يلتزما التزاما تاما لا بمبدأ الهلاك على المدين ولا بمبدأ الهلاك على المالك ، بمعنى أنهما لم يجعلوا انتقال تبعه الهلاك مرتبطا لا بالتسليم المادى ولا بانتقال الملكية ، وإنما اتبعا حلا وسطا قسم الفترة ما بين انتقال الملكية وحصول التسليم المادى ، وجعل الهلاك الذى يقع فى أثناء جزء من هذه الفترة على عاتق الدائن ، والهلاك الذى يقع فى الباقى من هذه الفترة على عاتق المدين ، وذلك باستخدام فكرة التسليم القانوني التى من شأنها أن توسع كثيرا فكرة التسليم الذى يرتبط به انتقال تبعه الهلاك .

وتفيد فكرة التسليم القانوني هذه فى التوفيق بين نصوص المادتين ٣٣٦/٢٦٦ و ٣٠٧/٢٤١ من جهة ونص المادة ٢٩٧/٣٧١ من جهة

(٥٦) قارن تعريف القانون الفرنسى الذى ينص على أن التسليم هو نقل الشيء المبيع الى سلطة المشتري وجيازته (المادة ١٦٠٤ مدنى فرنسى) .

أخرى (٥٧) • فنص المادة ٣٣٦/٢٦٦ اذ يجعل تبعة الهلاك على عاتق المشتري حسب الأحوال أعنى أن هذه التبعة تنتقل الى المشتري في الحالات التي لا يوجد فيها ما يحول دون تسلمه الشيء المبيع ، أما اذا وجد أجل معين للتسليم أو اذا لم يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري ، فان تبعة الهلاك تبقى على البائع ، والأمر كذلك فيما يتعلق بنص المادة ٣٠٧/٢٤١ الذى يقضى بأن تبعة الهلاك تنتقل الى المشتري في الوقت الذى تنتقل اليه ملكية المبيع بكياله أو وزنه أو عده اذ أن هذا النص يفترض أن المبيع وُضع تحت تصرف المشتري منذ ذلك الوقت (٥٨) • أما في الحالة العكسية أعنى اذا حدد للتسليم أجل لاحق لحصول الكيل أو الوزن أو العد ، أو اذا كان البائع رغم عدم تعيين أجل للتسليم لم يضع الشيء تحت تصرف المشتري من وقت عده أو كياله أو وزنه ، فان اجراء هذه العملية الأخيرة ينقل الملكية الى المشتري ولكنه لا ينقل اليه تبعة الهلاك بالرغم من عموم عبارة المادة ٣٠٧/٢٤١ اذ أن تبعة الهلاك لا تنتقل في هذه الحالة الى المشتري الا من وقت حلول الأجل المعين للتسليم ويشترط وضع المبيع تحت تصرف المشتري أعنى من وقت حصول التسليم المادى أو التسليم القانونى •

وبهذا التفسير يتم التوفيق بين نص المادة ٣٧١/٢٩٧ من جهة ، ونصوص المادتين ٣٣٦/٢٦٦ و ٣٠٧/٢٤١ من جهة أخرى ، وكذلك المادة ٣٠٦/٢٤٠ التى تفترض أن العروض المبيعة جزاها وضعت تحت تصرف المشتري بمجرد ابرام العقد (٥٩) •

ولأن هذه الفكرة الجديدة التى ابتدعها التقنيان المصريان فكرة

(٥٧) انظر تطبيقا للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٣٧١/٢٩٧ في حكم دمياط ٢٤ نوفمبر ١٩٢٤ المحللة ٥ — ٢٥٩ — ٣/٢٢٣ •
 (٥٨) انظر ما تقوم في ص ٦٢٦ و ٦٣٤ عن نص المادة ١٥٨٥ مدنى فرنسى ، وقرب بنى سويف ٢٨ مايو ١٩٢٣ المحللة ٣ — ٥١٨ — ٤٢٢ •
 (٥٩) انظر في المعنى العكسى استئناف القاهرة ١٦ أبريل ١٩٣٠ المحللة ١١ — ٤٠ — ٢٢ •

تسليم قانونى بخلاف التسليم المادى لم يلتفت اليها شراح القانون المصرى ، فقصد بدت لهم النصوص متعارضة وحاروا فى تفسيرها وفى التوفيق بينها ، ولو انهم التفقوا اليها لما رموا تلك النصوص بالتعارض والتناقض ، ولأمكنهم بواسطتها أن يوفقوا بين تلك النصوص .

٥ - النتيجة :

فى ختام هذه الدراسة المقارنة ، نستطيع أن نقرب بين الحل الذى أخذ به التقنيان المصريان والحل الذى نص عليه القانون الفرنسى .

فقد رأينا أن حكم المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى لا يمكن رده لا الى قاعدة أن الهلاك على المالك وحدها ولا الى قاعدة أن الهلاك على المدين ولا الى قاعدة أن الهلاك على الدائن ، إذ أن تبعة الهلاك تنتقل الى الدائن من الوقت الذى كان يجب فيه أن يسلم اليه الشيء ، ففى لا ترتبط لا بنقل الملكية — وهو يتم عادة من وقت إبرام العقد — ولا بحصول التسليم المادى وهو يمكن أن لا يحصل الا فى وقت لاحق ، وانما ترتبط بالوقت الذى يجب فيه تسليم الشيء ولو لم يتم فيه التسليم فعلا ، بشرط ألا يكون عدم حصول التسليم راجعا لى خطأ المدين أو تأخره أو معارضته فى التسليم ، فتنقل تبعة الهلاك الى الدائن من الوقت الذى يصبح فيه الشيء تحت تصرفه ، أعنى كما فى القانون المصرى بمجرد حصول التسليم القانونى (٦٠) .

وعلى ذلك فالقانون الفرنسى والقانون المصرى يتلاقيان فى شأن مسألة تبعة الهلاك رغم اختلافهما فى منطلق كل منهما ورغم الفارق فى

(٦٠) وإذا طرحنا فكرة التسليم القانونى ، يمكن القول بأن المسادة ١١٣٨ مدنى فرنسى تجعل الدائن معذرا لتسلم الشيء من الوقت الذى يجب فيه تسليمه اليه وطالما أن المدين لم يرفض أن يسلمه اليه ، أى أنه يطلب عيبا اثبات الاعذار فيها يتعلق بالالتزام باعطاء شيء ، فيكون نقل تبعة الهلاك الى الدائن نتيجة لاعذاره .

الصياغة بين المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى والمادة ٣٧١/٢٠٧ مدنى مصرى .
وهذا ما يفسر أنهما بالرغم من الفارق الظاهر فى صياغتهما يصلان الى
الحل ذاته سواء فى حالة بيع العروض جزائفا (المادة ١٥٨٦/٣٠٦/٢٤٠)
أو فى حالة بيعها بالوزن أو العد أو الكيل (المادة ١٥٨٥/٣٠٧/٢٤١) ،
أو فى حالة البيع تحت شرط واقف أو البيع المقترن بشرط فاسخ (المادة
١١٨٢/٣٣٩/٢٦٩) .

في فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية

على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة

(ترجمة مقال نشر بالفرنسية في مجلة

L' Egypte Judiciaire منذ خمسين عاما في عددها

رقم ١٨٧ الصادر بتاريخ ٤ أبريل ١٩٣٧)

لم يعد أحد ينازع اليوم في المكانة التي يجب أن يحتلها فقهاء الشريعة الاسلامية في علم القانون المقارن ، لقد اعترف منذ زمن طويل بهذه المكانة لفقه الشريعة الاسلامية الكثير من مشاهير علماء القانون أمثال لامير ودبلنكيو ووجمور ، وقد توج اعترافهم بذلك قرار أصدره المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي سنة ١٩٣٣ حيث نص على أن يخصص في المؤتمر الدولي الثاني للقانون المقارن الذي سينعقد هذا العام (عام ١٩٣٧) مركز خاص لدراسة فقهاء الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون المقارن .

وقد ذكرنا الأستاذ العلامة اداو لمير منذ بضعة أيام قليلة في إحدى محاضراته العامة التي ألقاها في كلية حقوق جامعة القاهرة بهذا القرار الذي أصدره المؤتمر المذكور في عبارة مفعمة بالحماس الشديد .

غير أنه لأن كثيرا من الفقهاء حتى من بين أعضاء المؤتمر الدولي المشار اليه اعتقدوا أن دراسة الفقه الاسلامي تقتصر فائدتها على الناحية التاريخية ، فقد دعا ذلك الأستاذ الدكتور وديع خرج الى ابراز الدور الحقيقي الموضوعي الذي قصد وفد مصر في المؤتمر اعطاءه الى دراسة الفقه الاسلامي . فقد قال سيادته :

« نحن نرمي بصفة خاصة الى أن نثبت حقيقة هامة وعادلة وهي أننا لا ينبغي أن نعامل باعتبارنا منتفعين بحسب من علم القانون المقارن ،

بل أيضا باعتبارنا شركاء مساهمين في تكوينه • صحيح اننا انتقلنا كثيرا من علم القانون المقارن في سن تقنياتنا الحديثة ، ولا نزال نرجع اليه كثير لنقتبس منه ما يفيدنا في تطور تشريعاتنا وقضائنا ، ولكن في وسعنا أيضا أن نسهم في تكوين وتطوير علم القانون المقارن بالرجوع الى النظم التقليدية المشتركة للشعوب الاسلامية ، ونعنى بذلك أننا نطمح الى أن نحصل من هذا المؤتمر على اعتراف بأن دراسة الفقه الاسلامي لا تقتصر غائدتها على الناحية التاريخية بل تعتبر عنصرا طبيعيا وعاملا أساسيا في تكوين وتطوير الفقه المقارن المعاصر » •

ولم يقف الوفد المصري في المؤتمر عند حد الادلاء بتأكيدات في هذا الشأن ، بل انبرى الأستاذ الدكتور عبد المنعم رياض لتعزير تأكيدات زميله ببعض الأمثلة من نظريات الفقه الاسلامي تتبدى فيها سوابق أكيدة لبعض الأفكار القانونية الحديثة التي مازالت تظهر في دور البراعم غير الواضحة في الطور الذي وصل اليه علم القانون المقارن حتى الآن ، وذكر من بين هذه النظريات نظرية الضرورة • مما دعا الأستاذ ادوار لمبير الذي كان يرأس اذ ذاك القسم العام للمؤتمر الى أن يقرر أن تلك النظرية الاسلامية نظرية الضرورة نظرية خصبة جدا ، فهي تبدو أوضح تعبير لفكرة عامة تمتد جذورها الى أعماق نظرية الظروف المتغيرة المسلمة في القانون الدولي العام تأسيسا على شرط بقاء الحال على ما هي عليه rebus sic stantibus والى نظرية الظروف الطارئة théorie de l'imprévision التي ابتدعها القضاء الإداري — الفرنسي والى محاولات القضاء الانجليزي تليين فكرة استحالة تنفيذ الالتزامات متأثرا في ذلك بضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت من الحرب العالمية والى أحكام القضاء الدستوري الأمريكي حول الضرورة والخطر والاستعجال emergency •

وذكر الأستاذ السنهوري أيضا في هذا الشأن نظرية الفقه الاسلامي في التمسك في استعمال الحقوق التي كان قد أبرزها حوالى سنة ١٩١٣ المرجوم الدكتور محمود غنحي في رسالته للدكتوراه ، حيث

بين هذا الأخير فيها أن هذه النظرية قد وصلت عند اكتمال تطويرها الى تعيين أربع صور محددة للتعسف في استعمال الحقوق ، في الوقت الذي كان فيه الفقه الغربي لم يكشف بعد الا عن أولى هذه الصور — وهي الصورة الأندر حصولا في العمل — صورة استعمال الحق بقصد الأضرار بالغير . وأخيرا منذ عام واحد فقط جسم زميلنا الدكتور السعيد مصطفى تفوق النظرية الإسلامية في إساءة استعمال الحقوق على غيرها في رسالة خصصها لبيان تطبيقات هذه النظرية في مجال استعمال الحقوق الزوجية .

وفي مجال المسؤولية المدنية ، كان لسعادة المستشار المرحوم عبد الحميد بدوي باشا في سنة ١٩١٣ فضل إبراز تفوق فكرة الشريعة الإسلامية الخاصة بهذه المسؤولية ، فقد نشر بحثا قيما في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٥٥٤ وما بعدها تناول فيه الخطأ الوضعي *la faute objective* كأساس للمسؤولية المدنية أشار فيه الى محاولات الفقه الحديثة « لتوضيح » *pour objectiver* فكرة الخطأ وأوضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا قد حققوا ذلك منذ قرون طويلة ، حيث أقرروا مسؤولية القاصر وعديم التمييز مسؤولية مدنية من قبل أن تأخذ بها الشرائع الحديثة بزمن طويل .

وفي العام التالي قدم سعادة المستشار بدوي باشا دليلا آخر على تفوق بعض نظم الشريعة الإسلامية ، في مجال تنظيم انتقال تركة المورث الى ورثته ، فقد عقد بحثا حول قاعدة الشريعة الإسلامية « لا تركة إلا بعد سداد الديون » (في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٤ ص ١٥ الى ص ٥١) قارن فيه بين كيفية انتقال تركة المورث الى ورثته في القانون الروماني والقوانين الغربية من جهة وبين كيفية انتقالها في الشريعة الإسلامية ، انتهى منه الى أن نهاية المطاف في تطور القانون الروماني في هذا الشأن كانت اعتبار شخصية الوارث مكملة لشخصية المورث وبالتالي التزام الأول بسداد جميع ديون الأخير .

وقد انتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى الى القانون الحديث . غير أنه لوحظ أنه منذ أواخر القانون الرومانى عمد الفقهاء الى ابتداع وسائل يخففون بها من مساوئ اعتبار الوارث كمكلا شخصية المورث ، كتخويل الوارث حق رفض تركة مورثه ، وتخويله حق قبولها بعد جرد محتوياتها فى ظرف أربعين يوما وتخويل دائنى الوارث حق طلب فصل ذمتى الوارث والمورث فى حالة زيادة ديون الوارث على أمواله ، ولكن هذه الوسائل كانت تغلف باجراءات شكلية كثيرة التعقيد ويقيد استعمالها بأجال كثيرة ومواعيد سقوط ، حتى اضطر فقهاء القوانين الغربية التى استمدت جذورها من القانون الرومانى الى السعى حثيثا لدرء مساوئ قاعدة اعتبار الوارث كمكلا شخصية المورث . وانتهى سعاده من بحثه الى أن هذه القاعدة العتيقة الرومانية لكثرة ما أدخل عليها من تعديلات لمعالج بعض مساوئها تكاد أن تكون فقدت كيانها ، واقتربت كثيرا من القاعدة التى تقابلها فى القانون الجرمانى وهى أقرب ما تكون الى قاعدة الشريعة الاسلامية .

فمنذ فجر الفقه الاسلامى وجد فيه مبدأ شخصية الالتزامات وبالتالى عدم قابلية الالتزامات للانتقال بوفاة المدين ، غير أن الفقهاء الأول حندوا من مساوئ هذا المبدأ فيما يتعلق بديون المورث ، بأن افترضوا استمرار حياة المتوفى بعد وفاته طوال المدة اللازمة لسداد ديونه حتى لا تضيق هذه الديون على أصحابها وحتى لا يلزم بها ورثة المدين المتوفى ، وفى هذه الفترة تخصص أموال المتوفى لسداد ديونه ، ثم يؤول الباقى الى ورثته ، وهكذا وصل الفقه الاسلامى دفعة واحدة بتقريره قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون الى تحقيق ما وصل اليه القانون الرومانى والقوانين الغربية المستمدة منه بعد التجائها الى وسائل كثيرة خلال مراحل تطورها العديدة (١) .

(١) انظر فى افضلية مبدأ الشريعة الاسلامية الغاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون على المبدأ الرومانى الذى انتقل الى القوانين اللاتينية مقررا ان الوارث يكمل شخصية المورث فيأخذ جميع أمواله ويلتزم بكافة ديونه وما اقتضاه هذا المبدأ من اخلال تعديلات كثيرة عليه لدرء عيوبه او للاقتلال منها

وهناك مثل آخر على تفوق بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها في النظم الغربية أتبع الى كشفه عند دراسة نظرية تحمل تبعة الهلاك في القانونين المصرى والفرنسى (في بحث باللغة الفرنسية نشر حديثا في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ١٩٣٦ العدد السابع ص ٣٢٢ وما بعدها من القسم الأفرنجى منشور في ص ٦٠٣ من هذه المجموعة) فقد بدأت بحثى من نصوص القانون الفرنسى التى خرجت فيما يتعلق بالالتزام باعطاء شىء obligation de donner على القاعدة العامة التى اعتمدها بالنسبة للالتزامات كلفة وهى أن الهلاك يقع على عاتق المدين حتى التسليم res perit debitori حيث قرر في شأن تلك الالتزامات حكما يبدو أن مؤداه جعل تبعة الهلاك على المالك res perit domino ، مع التحفظ في أن تبعة الهلاك لا تنتقل الى المالك الا من الوقت الذى كان فيه يجب تسليمه الشىء محل الالتزام (المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى) . أما الفقه الاسلامى ، فقد طبق على هذا النوع الأخير من الالتزام القاعدة العامة التى تقضى بجعل الهلاك على المدين حتى التسليم ، ولكنه وصل الى نفس النتيجة التى انتهى اليها القانون الفرنسى بخروجه على تلك القاعدة العامة بأن ابتدع فكرة التسليم القانونى وقد سماه (التخليه) المتميز عن التسليم المادى للشىء ، وبذلك أمكنه أن يبقى على تعميم قاعدة الهلاك على المدين حتى التسليم سواء كان تسليما ماديا أو تسليما قانونيا . وهذا ما كان يقرره أيضا القانون الالمانى ونص عليه كل من التقنينين المدنى الالمانى (في المادة ٤٤٦)

مؤلفنا في احكام الالتزام سنة ١٩٥٧ ص ٢٩٨ الى ص ٤٠٠ ، وانظر كذلك في المرجع والموضع السابقين تفوق الشريعة الاسلامية في الاخذ بحالة الدين cession de dette التى لم تعرفها القوانين اللاتينية حيث اقتضت على تنظيم حوالة الحق cession de créance . يضاف الى ذلك تفوق الشريعة الاسلامية في الاعتراف باهلية الاداء الكاملة للمرأة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة في حين أن القانون الفرنسى كان يعتبر المرأة المتزوجة حتى صدور قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ ناقصة الاهلية لا يصح تعاقدها الا بوافقة زوجها . انظر أيضا القانون الفرنسى رقم ٦٥ — ٥٧ الصادر في ١٣ يولييه ١٩٦٥ بتعديل المادة ٢١٦ مدنى فرنسى .

والتقنين البرازيلي (في المادتين ١١٣٦ و ١١٣٧) والتقنينين المصريين
الملغين (المادة ٣٩٧/٣٧١) والتقنين المدني الحالي (في المادة ٤٣٧) .

هذه الأمثلة وكثير غيرها (٢) تعزز التأكيدات التي أشرنا الي
ابدائها من قبل الأستاذ الدكتور وديع فرج الذي لم يكن فيها الا معبرا
عن رأى عام للمدرسة الحديثة في القانون المصري . وقد عبر أيضا عن
ذلك أخيرا الأستاذ العميد الدكتور السنهوري حين تحدث في محاضرة عامة
ألقاها في الجامعة الأمريكية عن « واجبنا التشريعي بعد المعاهدة » حيث
قال :

« انه من المهم ألا نقع في الأخطاء ذاتها التي وقعنا فيها في القرن
الماضي باغفال الفقه الاسلامي من بين المصادر التي اقتبسنا منها
تشريعنا ، اذ أن الفقه الاسلامي مصدر متميز يصلح لاختصاص أى
تشريع لبلد عربي شرقي » ، (وقد أورد محرر جريدة المحاكم المختلطة
هذه العبارات في مقاله الذي سنشير اليه فيما بعد ، وأسقط العبارات
التالية لها مباشرة ، ثم عاود ايراد عبارات الأستاذ السنهوري الأخيرة)
« وأخذنا من هذا المصدر الخصب لا يتعارض البتة مع العلاقات الوثيقة
التي تربطنا بشرائع الغرب ، بل انه من الميسور جدا التأليف والتنسيق
بين مبادئ هذه الشرائع ومبادئ الفقه الاسلامي . ولا يصح
الاعتراض علينا بأننا في الوقت الذي نسعى فيه الى الغاء الامتيازات
الأجنبية نفكر في سن تقنين جديد يكون يساريا على الأجانب نضمنه
مبادئ تجافي المبادئ الحديثة للقانون العالمي المشترك ، اذ الأمر
بالعكس غفى الفقه الاسلامي مبادئ لو أدخلت في القانون المصري
لأكسبته تقدما وتفوقا على بعض شرائع الغرب » (وقد أسقط محرر
جريدة المحاكم المختلطة في مقاله الذي سنشير اليه العبارات المتقدمة من
خطاب الأستاذ السنهوري) .

(٢) انظر من هذا القبيل الامثلة العديدة الاخرى التي اوردتها الاستاذ
الدكتور السنهوري في بحثه القيم « في ضرورة تنقيح التقنين المدني المصري »
المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة سنة ١٩٣٦ ص ١ الى
ص ١٤٤ .

« فلنرجع إذن في دراستنا القانونية الى دراسة الفقه الاسلامى لنجعل منه الرابطة التى تربط بيننا وبين سائر الشعوب العربية . فنحن أمة شرقية لنا تاريخ مجيد فى ريادة شعوب الشرق ، فيجدر بنا أن نصل حاضرنا بماضينا وأن نوثق عرى التعاون بيننا وبين أقرب جيراننا وهم أشقاؤنا فى اللغة وفى العرق » .

غير أن فكرة العميد السنهورى هذه قد أسىء فهمها فى حينها من البعض ، بل حرغت من البعض الآخر عن معناها ومرماها ، فهد نشر محرر جريدة المحاكم المختلطة أخيراً فى العدد رقم ٢١٩١ مقالا ذهب فيه الى أننا مع ما يذهب اليه العميد السنهورى نبتعد عن قانون العالم الحديث du droit des gens moderne الذى تشير اليه المعاهدة الانجليزية المصرية ، ومع ذلك أقر المحرر نفسه فى المقال ذاته أن دعوة الأستاذ السنهورى هذه ليس فيها ما يقلق لو أنها جردت من التفسير الذى خلطت عليها أخيراً مظاهرات طلبة جامعة الأزهر .

ونرى أن محرر هذا المقال كان يستطيع أن يعنى نفسه من البحث عن معنى دعوة الأستاذ السنهورى ومرماها فى تصرفات بعض أعداد من الطلبة الذين لا تربطهم بالأستاذ السنهورى أى صلة فى حين أن المعنى والمرمى المذكورين ماثلان فى العبارات التى أغفل المحرر نشرها من بين فقرات خطاب الأستاذ السنهورى ، فإن تلك العبارات التى أسقطها المحرر من ذلك الخطاب توضح أن دعوة الأستاذ السنهورى ترمى الى التنسيق بين مبادئ القانون الحديث وخير ما تتضمنه مبادئ الفقه الاسلامى .

وحتى بقطع النظر عن عبارات الأستاذ السنهورى التى أسقطها محرر المقال المشار اليه ، فإن مجرد التفكير البسيط ينبىء عن أنه يستحيل التسليم بتفسير دعوة الأستاذ السنهورى بمسلك بعض طلاب الأزهر فى مظاهراتهم ، لأن هذه الدعوة لم تكن مرتجلة تحت تأثير شعور وطنى شحذته المعاهدة ، كما قد يحلو للبعض أن يصوره ، بل كانت

وليدة بحث وتأمل طويلين أعقبا دراسات وبحوثا عديدة في القانون المقارن، وقد عبر عنها سيادته مرارا قبل ذلك في كتاباته السابقة (ومن أهمها رسالته في الخلافة وتطورها نحو عصبة أمم شرقية جامعة باريس سنة ١٩٢٦ وببحثه أنف الذكر في ضرورة تنقيح التقنين المدني المصري) فإذا أردنا الوصول الى المعنى الحقيقي للدعوة التي حاول الأستاذ السنهوري أن يبسطها أمام جمهور مستمعيه في الجامعة الأمريكية ، تعين فهمها في ضوء كتاباته السابقة ، هيتبين حينئذ في جلاء أن هذه الدعوة ليس فيها ما يثير أى قلق ، بل هي بالعكس من ذلك تتفق مع أحدث مبادئ القانون الحديث وعلم القانون المقارن ، اذ أن من المتفق عليه في هذا العلم أنه لا يكفي لسن تشريع جيد استلهامه من نماذج أجنبية تستورد من الخارج بل يلزم في ذلك مراعاة ظروف المجتمع المحلية وتقاليده وعاداته وحاجاته .
وبما أن لدينا في مجتمعنا تراثا قيما من النظريات القانونية ، يضارع بل يفوق أحيانا ما يوجد من نظريات في أحدث الشرائع ؛ فانه من غير المقبول عقلا أن ننصرف عن هذا التراث لنلجأ الى نقل أو تقليد أنظمة قانونية نشأت في مجتمعات أخرى تختلف عن مجتمعنا .

هذه الاعتبارات هي التي حدث الأستاذ السنهوري — بقطع النظر عن أى اتجاه ديني ، الى هذه الدعوة التي تتسم في آن واحد بطابع علمي وبطابع وطني ، ونعتقد أن المدرسة المصرية للقانون الحديث تشاركه في هذه الدعوة .

ولنسمعه يردد في المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن المنعقد سنة ١٩٣٣ في لاهاي بعض عباراته التي كان قد أوردها في رسالته القيمة في الخلافة وتطورها نحو عصبة أمم شرقية (جامعة باريس سنة ١٩٢٦) .

« المقصود أن نعيد الى الفقه الاسلامي — من طريق الدراسة التاريخية والمقارنة الجادة — قابليته للتوافق مع ظروف نظام المجتمع الحالي ، ويكون المنطق في هذه الدراسات الفصل بين الجانب الديني

والجانب الزمنى للفقه الاسلامى ، فالجانب الدينى يخرج من نطاق دراستنا هذه ، ويجب أن يبقى من اختصاص علماء الدين الاسلامى وحدهم ، وفى دراستنا للفقه الاسلامى يجب أن نعنى بجعل هذا الفقه قابلا للتطبيق على غير المسلمين كما على المسلمين أنفسهم • ولبلوغ هذه الغاية يجب أيضا أن نميز فى الجانب الزمنى ذاته من قواعد الفقه الاسلامى بين القواعد التى تصطبغ بصبغة دينية والقواعد التى تعتبر قواعد قانونية بحتة • فالأولى تقتصر على قوتها الأدبية فحسب وتحكم خلجات الضمير ، أما الثانية فهى وحدها التى يتكون منها النظام القانونى بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، الواجب التطبيق على جميع المواطنين مسلمين كانوا أو غير مسلمين •

« وفى الحق ثانى أقصد بالاسلام ليس مجموعة من العقائد الدينية بل نوعا من الحضارة قائما على أساس نظام قانونى ، فالذى يهمنى فى أبحاثى العلمية الاسلام كحضارة وليس الاسلام كمعقيدة ، وفى اعتقادى أننا جميعا مسلمين وغير مسلمين نلتقى فى هذا المجال العلمى البحت ونتفق على ضرورة تطوير هذا الفقه الاسلامى العتيق الذى بنته عقليات قانونية جبارة لا يمكن أن تقارن بها الا عقليات أعظم فقهاء القانون الرومانى » •

ثم يعود الأستاذ السنهورى الى الفكرة ذاتها فى سنة ١٩٣٥ فى بحثه القيم فى ضرورة تنقيح التقنين المدنى المصرى حيث يعرض للمصادر المختلفة التى يتعين على لجنة تنقيح ذلك التقنين الرجوع اليها لتستمد منها النصوص التى تضمنها فيذكر : (١) أحكام القضاء المصرى خلال الخمسين عاما الماضية ، (٢) أحدث التقنيات الأجنبية فى خير ما حوته من نصوص ، (فى) الشريعة الاسلامية التى كانت هى الشريعة العامة الى حين اصدار تقنيناتنا الحالية والتى ظلت معمولا بها فى بعض المجالات •

وفى محاضراته التى ألقاها فى الجامعة الأمريكية نراه يؤكد مرة

أخرى على ضرورة استوحاء الشرائع الحديثة فيقول يجب أن لا نفتنى أثر شريعة بذاتها بل نتخير من مختلف الشرائع سواء ذات الأصل اللاتينى أو الأصل الجرماني أو غيرها ما يتفق مع تقاليدنا القانونية ويوائم مزاج أمتنا ويلبى حاجاتها المختلفة .

ويلاحظ أن الأستاذ السنهاورى لم يكف بتوجيه تلك الدعوة بل انتهر أول فرصة عرضت له ليطبّقها عندما دعى الى بغداد فى العام الماضى فترة قصيرة لينظم كلية الحقوق بها ، ولضع فى الوقت ذاته مشروع تقنين مدنى عراقى ، فبدأ بمشروع تمهيدى للفصل الخاص بعقد البيع استمده من مقارنة الشرائع الحديثة ، ثم وضع له مشروعا تمهيديا آخر مستمدا من مقارنة المذاهب المختلفة للفقه الاسلامى ، ثم قرب بين هذين المشروعين التمهيديين وأدمجهما فى مشروع ، جاء خير شاهد لصالح الفقه الاسلامى (أنظر هذه المشروعات المختلفة فى مجلة القضاء ، بغداد السنة الثانية العددان الثالث والرابع) .

وجدير بالتنويه أن الأستاذ السنهاورى قد جعل بحثه فى كل ما كتب فى هذا الشأن مقصورا على ناحية القانون المدنى وضرورة تنقيحه وكيفية اجراء هذا التنقيح ، وقد أوضح ذلك صراحة وقرره مرارا بما لا يدع مجالا لأى شك فى حقيقة نيته ، سيكون من الخطأ الفاحش فى فهم آرائه ودعوته نقلها أو مدها الى مجال آخر من مجالات القانون .

وكذلك فعلنا اذ قصرنا بحثنا على مجال القانون المدنى وحده لنبين فى هذا المجال فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها فى الشرائع الحديثة ، وقد خلصنا من ذلك عند بدء مرحلة الاعداد لتنقيح القانون المدنى الى أن الطريقة المثلى لاجراء هذا التنقيح هى التى تؤلف بين خير ما يوجد فى تراثنا القانونى الوطنى بما فيه الفقه الاسلامى وخير ما يمكن أن تروّدا به دراسات القانون المقارن .

التقنين المدني المصري الموحّد

(مصادره وخصائصه ودوره في المستقبل)

ترجمة تقرير مقدم من الدكتور سليمان مرقس
بالإشتراك مع الأستاذ الدكتور وديع هرج
الى الندوة الدولية للعلوم الاجتماعية
المنعقدة في أثينا في أكتوبر سنة ١٩٥٢ (*)

صدر في مصر للعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تقنين مدنى
موحد حل محل التقنينين القديمين اللذين كان قد صدر أولهما في سنة
١٨٧٥ للعمل به في المحاكم المختلطة التى ألغيت اعتبارا من ١٥ أكتوبر
سنة ١٩٤٩ بناء على اتفاقية مونترو التى أبرمت في مصر في سنة ١٩٣٧
مع الدول صاحبة الامتيازات واتفق فيها على إلغاء تلك المحاكم بعد
فترة انتقالية انتهت في ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ وكان ثانيهما قد صدر في سنة
١٨٨٣ للعمل به في المحاكم الوطنية .

ونرى قبل أن نتحدث عن هذا التقنين الجديد أن نذكر في ايجاز
الظروف التى وضع فيها التقنينان القديمان اللذان ألغاهما التقنين
الجديد وحل محلهما . وان تبين سماتهما الغالبة وتطور الأفكار والظروف
منذ صدورهما تطورا جعل تتقيحهما وتوحيدهما أمرا ضروريا .

كانت الشريعة الاسلامية حتى عام ١٨٧٥ هى الشريعة العامة في

(*) منشور باللغة الفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية
والعشرون (سنة ١٩٥٢) ص ٢٥٠ وما بعدها من القسم الامرنجى .

مصر ، ولكنها لم تكن تطبق على جميع سكان مصر ، لأن الأجانب المقيمين بمصر من رعايا الدول صاحبة الامتيازات *Puissances Capitulaires* كانوا يتمتعون فيها بمميزات هامة ، من أهمها أنهم كانوا لا يخضعون للقانون المصرى ، بل تطبق عليهم حتى فى معاملاتهم مع المصريين قوانين بلادهم ، سواء فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية أو بمعاملاتهم . وكان لهذا الوضع مضار وعيوب كثيرة بالنسبة الى مصر والمصريين . فاتفقت مصر مع الدول صاحبة الامتيازات على انهاء هذا الوضع بإنشاء محاكم الإصلاح *Tribunaux la Réforme* التى سميت بعد ذلك بالمحاكم المختلطة وعقد لها الاختصاص بنظر المنازعات التى تنشأ فى المعاملات بين رعايا الدول صاحبة الامتيازات المشار اليها فيما بينهم أو فيما بينهم وبين المصريين ، واتفق على أن محاكم الإصلاح تطبق على تلك المنازعات قوانين موحدة تستمد من القوانين الفرنسية . وبناء على ذلك تم وضع التقنين المدنى المختلط الذى صدر وعمل به فى تلك المحاكم ابتداء من سنة ١٨٧٥ .

وقد تميز هذا التقنين بحكم الظروف التى وضع فيها والمصالح التى رعى به واضعوه الى تحقيقها بالخصائص الآتية :

١ — اقتصر التقنين المختلط على تنظيم المعاملات وخلا من تنظيم للأحوال الشخصية لأنه أعد لتطبيقه على أجانب من جنسيات مختلفة ظل كل منهم خاضعا لقانون بلده فيما يتعلق بأحواله الشخصية .

٢ — جاء على نسق التقنين الفرنسى الذى نقل عنه منبثقا من المذاهب الفردية ومتضمنا فى الغالب معايير ذاتية .

٣ — لأنه استعيز به عن المزايا الكثيرة التى كان يتمتع بها الأجانب التابعون للدول صاحبة الامتيازات فى مصر من ناحية التشريع ، توخى فيه واضعوه بصفة خاصة رعاية مصالح هؤلاء الأجانب ، ولأن الأجانب كانوا فى الغالب دائنين جاؤا الى مصر ليستثمروا فيها أموالهم

أو يزاولوا غيها نشاطاتهم المختلفة ، سادت التقنين المختلط بصفة عامة
نزعة رعاية مصالح الدائنين دون اهتمام بمصالح المدينين .

٤ — ولأنه وضع لتطبيقه في بلد كانت الشريعة الإسلامية هي
شريعة البلد العامة تعين على واضعيه بالضرورة أن يستمدوا من هذه
الشريعة بعض قواعدها ونظمها الأكثر انتشارا في البلد كتنظيم البيع
الحاصل في مرض الموت وبيع الأشياء المستقبلية وقاعدة أن لا تركة إلا
بعد سداد الدين ونظام الشفعة ... الخ .

ولما صحت عزيمة الحكومة المصرية على إصدار تقنين مدني يطبق
على مواطنيها في علاقاتهم فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الأجانب من
رعايا الدول غير الدول صاحبة الامتيازات أو بين بعض هؤلاء وبعضهم ،
رأت أن تنقل هذا التقنين عن التقنين المختلط سالف الذكر فيما عدا بعض
تعديلات قليلة طفيفة ، فجاء التقنين الوطني متسما بنفس خصائص
التقنين المختلط فيما عدا رعايته الزائدة لحقوق الدائنين ، وجاء مثله
مقصورا على تنظيم المعاملات دون الأحوال الشخصية ولكن لسبب آخر
غير السبب الذي دعا إلى قصر التقنين المختلط على المعاملات هو الأهمية
الكبرى السائدة في البلاد للعقائد الدينية فيما يتعلق بمسائل الأحوال
الشخصية وتعدد ديانات المصريين وطوائفهم الدينية تعددا كان عقبة
في سبيل توحيد تنظيم أحوالهم الشخصية .

وظل هذان التقنيتان المختلط والوطني معمولاً بهما في مصر نحو
سبعين عاما ، طرأت في خلالها على مصر تحولات هامة كثيرة سياسية
واقتصادية واجتماعية كان لا مندوحة من أن تكون لها انعكاساتها على
التشريع المصري .

والهبت ثورة سنة ١٩١٩ الشعور الوطني ، فكانت منطلقا للكثير
من التحولات الهامة التي أشرنا إليها .

نفى مجال السياسة أدت هذه الحركة الى اعلان استقلال مصر
والى الغاء نظام الامتيازات الأجنبية بقيوده التى كان يفرضها على
سلطان المشرع المصرى بالنسبة الى الأجانب والى الغاء المحاكم
المختلطة ، وأصبح كل ذلك يفرض ضرورة مراجعة التشريع المصرى
بهدف توحيده .

وفى مجال الاقتصاد حيث كانت مصر تعتبر حتى قيام هذه الحركة
بلدا زراعيا بحتا ، انبثقت بعض الصناعات وأخذت تنمو ، فشح فيها
استعمال الآلات الميكانيكية ووسائل النقل الحديثة مما أدى الى تعاظم
أهمية الثروة المنقولة والتجارة ، فبدأ التقنيان القديمان غير كافيين
لمواجهة العلاقات الجديدة التى نمت عقب ازدهار التجارة والصناعة ،
وظهر أن المعايير الذاتية التى تضمنها التقنيان المذكوران لا توائم حاجة
المعاملات الى الاستقرار والأمان ، كما أن الرعاية الزائدة لحقوق الدائنين
التي سادت التقنيين المذكورين لم تعد تساعد على ازدهار التجارة ونمو
الاقتصاد فحق أنها كانت كثيرا ما تؤدي الى التعسف فى استعمال الحق
بما يمس الشعور بالعدالة .

وفى مجال الاجتماع ، تضاعف عدد سكان مصر فى خلال النصف
الأول من القرن العشرين ، فى حين لم تزد مساحة الأرض المستعملة فى
الزراعة أية زيادة محسوسة ، هذا فوق سوء توزيع هذه المساحة بين
السكان حيث كانت قلة محدودة تملك القدر الأكبر من الأراضي ، مما
كان يؤدي الى كثير من العسف . ومن جهة أخرى فإن نمو التجارة
والصناعة وانتشار التعليم قد ساعدت على توعية طبقة العمال بحقوقهم ،
فاحتجوا على تعسف كبار الملاك وأرباب العمل وأخذوا يطالبون بحقوقهم
التي كانت مهضومة كالحق فى أجر عادل والحق فى معاش أو فى مكافأة
نهاية الخدمة والحق فى إجازات دورية وفى العلاج الطبى وفى التعويض
عن حوادث العمل وفى تحديد ساعات العمل والحق فى تكوين نقابات وحق
تنظيم عقد العمل الفردى وعقد العمل الجماعى الخ ، ومن ثم نشأ تيار

اشترأكى لا يتواءم مع المذاهب الفردية التى قام على أساسها التقنينان
المدنيان اللذان كان معمولاً بهما .

كل هذه التحولات جعلت التوافق يضاعف بين نصوص التقنينين
المذكورين والوقائع التى تحكمها . وقد بذلت أحكام القضاء بمعاونة
آراء الفقهاء قصارى جهدها لتعويض ذلك وملافاة نتائجها تارة من طريق
التوسع فى تفسير النصوص ، وتارة أخرى بالالتجاء الى مبادئ القانون
الطبيعى وقواعد العدالة ، من ذلك بوجه خاص ما استنبطته من نظم
ونظريات كنظرية التعسف فى استعمال الحق والاشتراط لمصلحة الغير
ونظام التأمين وحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية بل حاولت بعض
الأحكام الأخذ بنظريات لم تكن النصوص التى بين يديها تؤدى اليها
كنظرية المسؤولية المادية ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال
أو التسلط ، لذلك كان لا مندوحة من تدخل المشرع ، بل من مراجعة
التقنينين المذكورين مراجعة شاملة .

وبعد عدة محاولات أسندت تلك المراجعة الى فقيها الكبار الأستاذ
الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى العميد السابق لكلية الحقوق
والقاضى السابق بالمحاكم المختلطة ورئيس مجلس الدولة . وكان لابد
للتقنين الجديد الذى أدت اليه هذه المراجعة أن يراعى التحولات الكثيرة
التي تقدمت الاشارة اليها والتيارات الفكرية التى ظهرت فى البلاد وأن
يجعل النصوص أكثر مواءمة للوقائع وأن يضع معايير مرنة تسمح للقانون
أن يتواءم فى يسر مع تطورات الظروف فى المستقبل لأطول مدة ممكنة
دون حاجة الى تدخل من المشرع أو الى مراجعة جديدة .

وغيا يلى سنين فى ايجاز أهم المصادر الذى استمد منها واضعو
التقنين الجديد أحكامه وأهم الخصائص المميّزة له ثم نرسم الدور
المباشر الذى ينتظر أن يلعبه التقنين الجديد كأداة لتوحيد أو تقريب
شرائع الشرق الأدنى ونبين أهميته الخاصة بالنسبة لدراسات القانون
المقارن .

(أولا) أهم المصادر التي استمد منها التقنين الجديد :

لم يخطر ببال واضعى التقنين الجديد قط أن يغفلوا القانون السابق أو ينصرفوا عنه بأى حال ، بل بالعكس من ذلك أرادوا أن يجعلوا من القانون الجديد استمرارا للقانون السابق وللغة والقضاء اللذين قاما على أساسه ، مع الاستفادة فى مراجعته من تراثنا القيم المتمثل فى الشريعة الإسلامية ومن بحوث ودراسات القانون المقارن . ومن ثم اتخذوا لمراجعة التقنين مصادر ثلاثة بالاضافة الى نصوص التقنينين السابقين هى أحكام القضاء المصرى وفقه الشريعة الإسلامية ودراسات القانون المقارن .

فكانوا بوجه عام يستقون القاعدة الموضوعية من أحكام القضاء أو من الشريعة الإسلامية ثم يبحثون من طريق مقارنة الشرائع عن الصيغة الأكثر مواءمة للتعبير عن تلك القاعدة .

فأحكام القضاء أتاحت لواضعى التقنين الجديد تنظيميا كاملا لبعض الأنظمة كالشيوخ والحراسة وحقوق الارتفاق والتزامات الجوار ، ودلتهم على الطريق الذى يمكن سلوكه لتنظيم مسائل خلا من تنظيمها التقنينان السابقان وهنا مسائل الظروف الطارئة والاستغلال والمسئولية الناشئة عن الإكثياء ، فسار واضعو التقنين الجديد فى الطريق الذى أشارت اليه المحاكم فيما عرض عليها من وقائع وتمكنوا بذلك من سد بعض الثغرات التى كانت فى التقنينين السابقين ، واستمد واضعو التقنين الجديد من الفقه الإسلامى كثيرا من أحكامه ، فهم قد استلهموا منه أولا وإلى حد كبير النظرة المادية للالتزامات المقررة أيضا فى الشرائع الجرمانية ، لينتقلوا بها مضار النظرة الذاتية التى قامت على أساسها التقنينات اللاتينية والتقنينان المصران السابقان . فالفقه الإسلامى ينظر الى الالتزام باعتباره عنصرا من عناصر الذمة المالية لا باعتباره كما تنظر اليه الشرائع اللاتينية رابطة بين شخصين ، ومن هنا كانت نزعة المادية

في تعظيم الحقوق واستعمالها وانتقالها ، وفي تكوين العقد وتفسيره وتنفيذه ومفسخه وفي المسؤولية المدنية الخ . وقد أخذ التقنين الجديد بهذه النزعة بالقدر اللازم لعلاج مضر النزعة المضادة . وهو من جهة أخرى لم يكف بالاحتفاظ بالنظم التي كان التقنيتان السابقتان قد استمداها من الشريعة الإسلامية ، بل أضاف اليها استمداده من الفقه الإسلامي نظما أخرى لا تقل عن الأولى أهمية ولها تطبيقات كثيرة في العمل كنظرية التعسف في استعمال الحقوق ونظرية الظروف الطارئة .

وكذلك لم تكن أهمية مقارنة الشرائع لتغيب عن أذهان واضعي التقنين الجديد ، فهم لم يقفوا عند حد استمداد بعض النظم منها كنظام الاعسار المدني وملكية الأسرة وملكية الطبقات بل رجعوا إليها دائما واستوحوا منها الصياغة الفنية لكل حكم موضوعي استمدوه من المصادر آنفة الذكر فحللوا بشأن كل حكم نصوص أكثر من عشرين تقنيا أجنيا تمت إلى مجموعة التقنيات اللاتينية أو إلى مجموعة التقنيات الجرمانية أو إلى مجموعة التقنيات المتخيرة واختاروا من بينها جميعا الصياغة الأكثر ملاءمة ، وهكذا استطاعوا أن يولغوا بلحكم الذي استمدوه من المصادر المحلية الصياغة الأنسب له التي وجدوها في التقنيات الأجنبية والتي أثبت العمل بها مدة طويلة صلاحيتها .

وبالرغم من المزايا العظيمة لهذا التوليف بين الحكم الموضوعي المستمد من المصادر المحلية والصياغة المستوحاة من الشرائع الأجنبية التي ثبتت صلاحيتها ، فإن من شأنه أن يثير مشكلة كبيرة . فيما يتعلق بتفسير النصوص الجديدة . هل ينبغي للمفسر أن يبحث عن معنى النص الجديد المستمد حكمه من المصادر المحلية في أحكام المصاكم المصرية السابقة وفي آراء فقهاء الشريعة الإسلامية أو في عبارات النص الجديد المنقولة عن الشرائع الأجنبية مع الاستهداء في ذلك بآراء الفقه وأحكام القضاء في البلد الذي اقتبست الصيغة الجديدة من تشريعه .

يبين من الأعمال التحضيرية وبخاصة من تقارير مجلس النواب ومجلس الشيوخ انها أكدت أكثر من مرة أن المشرع اذا كان قد استعار في صياغة نصوصه عبارات مستعملة في شرائع أخرى فان ذلك لا يعنى أبدا أنه يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص الى التفسير الذى غسرت به النصوص التى استمدت منها في بلدها الأصلية . فالنصوص الجديدة تعبر في الغالب عن أحكام مستمدة من مصادر محلية ، واذا كانت صياغتها استوحيت من مصادر أجنبية ، فان هذا لا ينفى أنها تعبر عن أحكام مصرية خالصة ومن ثم ينبغى تفسيرها تفسيراً مستقلاً عن التفسير الذى أعطى لمثيلاتها في البلاد الأجنبية . ولكن بالرغم من هذه التأكيدات يجوز لنا أن ننشكك في امكان الاستغناء كلية في تفسير النصوص الجديدة عن التفسير الذى أعطى للنصوص الأجنبية التى استمدت منها في بلدها . فعندما تعرض الحاجة الى تفسير نص من نصوصنا الجديدة ، فاننا سنلجأ في ذلك أولاً الى الاستهداء بأحكام قضائنا السابق وبالفقه الاسلامى . غير أننا كلما بعدنا عن العصر الذى تمت فيه مراجعة التقنين وصادفنا حالات جديدة مختلفة عن الحالات التى تناولتها الأحكام السابقة أو آراء فقهاء الشريعة الاسلامية سنجد أنفسنا ملزمين أن نفسر النصوص الجديدة لا بالبحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضعه هذه النصوص بل بالبحث عن مدلولها الذاتى مع الاستهداء في ذلك بالتفسير الذى أعطى للنصوص المماثلة لها في البلد الذى نقلت عن تشريعه .

لذلك يبدو لنا أننا سنحتاج ان قريبا أو بعيدا في تفسير نصوص تقنيننا الجديد الى الرجوع الى أحكام القضاء وآراء الفقه في البلاد التى نقلنا نصوصنا الجديدة عن تشريعاتها . ونرى تسهила مهمة المفسر في المستقبل أنه من المفيد انشاء معهد للقانون المقارن يكون من بين مهامه دراسة أحكام المحاكم وآراء الفقهاء في البلاد الأجنبية .

(ثانيا) أهم الخصائص المميزة للتقنين المدنى الجديد :

يكفى من حيث الشكل أن نذكر أن التقنين الجديد تتميز نصوصه بالوضوح والدقة ، كما تتميز خطته بالبساطة وبأنها منطقية • فهو يتصدره باب تمهيدى يتناول تطبيق القوانين من حيث الزمن ومن حيث المكان وبيان أركان كل علاقة قانونية وهى الأشخاص والأشياء ، ثم يشمل قسمين أساسيين ، يخص أولهما للحقوق الشخصية (أو الالتزامات) والثانى للحقوق العينية ، وليس فيه شئ عن الأحوال الشخصية لأنها كما تقدم تركت لقوانين خاصة بسبب تعدد الأديان والطوائف الدينية فى مصر •

أما من حيث الموضوع ، فيتميز التقنين الجديد بخاصتين أساسيتين : النزعة الاشتراكية أو الجماعية *tendance socialiste* والوجهة التخييرية *caracère éclectique*

١ — النزعة الاشتراكية أو الجماعية :

تسود التقنين الجديد النزعة الاشتراكية التى ترمى الى تغليب فكرتى التضامن والإستقرار على أفكار الحرية وسلطان الارادة ، أى أنه يغلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، ويرى أن من مصلحة الجماعة حماية الضعفاء ضد الأقوياء • وهو لذلك يعتبر الحقوق — وبخاصة حق الملكية ، ليست سلطات مطلقة مخولة لأصحابها لمصلحتهم الشخصية ، بل سلطات مخولة لهم لغاية مشتركة أو انها بعبارة أخرى وظائف اجتماعية • ومما يبرز ذلك نص أساسى ورد فى الباب التمهيدي للتقنين للدلالة على أنه يسرى على جميع أنواع الحقوق عينية كانت أو شخصية هو نص المادة • الذى يكرس نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بالنص على أن استعمال الحق يكون غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(١) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير •

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها •

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة •

وقد تضمن القسم الثانى من التقنين نصا آخر يعتبر تطبيقا للنص الأول هو نص المادة ٨٠٧ الذى يقضى بأن على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الغير ، وتورد المواد التالية عدة قيود على حق الملكية لصالح الملاك المجاورين أو للمصلحة العامة •

وفى مجال حق الملكية ذاته نجد عدة مظاهر أخرى لهذه النزعة الجماعية فى تنظيم الملكية الشائعة بحيث تغلب ارادة أغلبية الشركاء على ارادة أقليتهم لمصلحة حسن ادارة المال الشائع (المواد ٨٢٨ وما يليها) ، كما نجد نصوصا تنظم انشاء ملكية الأسرة (المواد ٨٥١ وما يليها) ونصوصا تنظم اتحاد مالكي الطبقات (المواد ٨٥٦ وما بعدها) وأخرى تحد من استعمال حق الشفعة (المواد ٩٣٥ وما يليها) •

وفى مجال العقود والالتزامات ، تظهر هذه النزعة الاشتراكية للتقنين الجديد فى الاكثار من النصوص الآمرة التى تعتبر قيودا على مبدأ سلطان الارادة وفى مراعاة مصالح الدينين أو بوجه عام فى حماية الجانب الضعيف ضد الجانب القوى • ومن أمثلة ذلك :

(أ) المادة ١٤٧/٢ التى تركز نظرية الظروف الطارئة وتسمح للقاضى بأن ينقص الى حد معقول الالتزام الذى صار مرهقا ويقضى بأن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا •

(ب) المادة ١٤٨ التى تخول القاضى سلطة تعديل الشروط الباهظة التى يتضمنها عقد الادعان واعفاء الطرف المذعن منها وتقضى بأن كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا •

(ج) المادة ٢٣٠ التى تنص بصفة آمرة أيضا على أن الدائنين الذين يشتركون فى توزيع أموال المدين بعد رسو بيعها بالمزاد الجبرى لا يكون لهم فوائد تأخير عن المبالغ التى تخصهم فى التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد على الثمن الذى رسا به المزاد عليه .

(د) المادة التى نقلت الى قانون المرافعات وأصبحت فيه المادة ٤٨٩ والتى تحرم على الدائن الحاصل على تأمين عينى لدينه أن يباشر التنفيذ على أموال المدين التى لا يشملها هذا التأمين الا اذا كانت الأموال المخصصة لضمان الدين تقرر عدم كفايتها لضمان الدين .

(هـ) الأحكام المنظمة لحق اختصاص الدائن بأموال مدينه والأحكام القضائية بقصر هذا الاختصاص على بعض الأموال فقط (المواد ١٠٩٠ وما بعدها) ، وهى تجيز للمدين أن يطلب الى المحكمة قصر حق الاختصاص على القدر من أمواله الذى يفى بالدين المضمون أو بالباقي منه .

(و) المواد ٦٩٢ و ٦٩٥ و ٦٩٦ التى تكفل للعامل حقه فى أجره وتحميه ضد تعسف رب العمل .

ويلاحظ أن المشرع اذ سار فى هذا الاتجاه الاشتراكى لم يكن الا مقننا أحكاما أوجبتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية التى سبقت الاشارة اليها . وقد التزم فى هذا السير جانب التؤدة والاعتدال ، وليس أدل على ذلك من أنه قبل أن تمضى ثلاث سنوات كاملة على بدء العمل بهذا التقنين الجديد كانت الحوادث قد تجاوزت الحد الذى وقف عنده المشرع غيما يتعلق بتنظيم الملكية الزراعية ، وقد غطن الى ذلك نظام الحكم الذى أنشأته حركة الجيش بقيادة اللواء محمد نجيب فى ٢٣ يوليه ١٩٥٢ ولس المظالم الاجتماعية واختلال التوازن الاقتصادى الناشء من سوء توزيع الملكية الزراعية ، فبدأ العهد الجديد بإصدار المرسوم بقانون رقم ١٧٨ سنة ١٩٥٢ بتاريخ ٩ سبتمبر ١٩٥٢ بقانون الاصلاح

الزراعى • وقد توخى هذا الاصلاح بوجه خاص أن يصحح توزيع الأراضى الزراعية وأن يزيل الفوارق بين الطبقات وأن يخفض أجرة الأراضى الزراعية وثمان الأطنان وأن يحمل كبار الملاك على أن يوجهوا أموالهم للاستثمار فى انشاء الصناعات ، وفى سبيل ذلك نص المرسوم بقانون على أن يكون الحد الأقصى للملكية الأطنان الزراعية مائتى فداناً ، وأن القدر الذى يملكه الشخص الواحد فيما زاد على هذا الحد تنزع منه ملكيته فى مقابل ثمن يقدر بسبعين ضعفا للمضريبة العقارية يصرف للمالك سندات على الخزانة العامة ، وأن نزع الملكية سيتم تدريجياً خلال خمس سنوات ، ولن يسمح للمالك أن يؤجر أرضه بأجره تريد على سبعة أضعاف المضريبة العقارية المفروضة عليها ، ويلزم بأن يدفع ضريبة اضافية عن القدر الزائد عن الحد الأقصى طالما لم ينزع منه تقدر بخمسة أضعاف المضريبة ، ولن يجوز له تأجير أى قدر من أرضه الا الى مستأجرها السابق ما لم يعزف عنها هذا الأخير أو يفل بالتزاماته ، ولكن يجوز للمالك أن يزرع أرضه لحسابه وعلى نفقته أو أن يشرك آخر فى زراعتها بطريق المزارعة ، وفى هذه الحالة الأخيرة يقسم نافع الأرض مناصفة بين المالك والمزارع ، وعلى أى حال لا يجوز أن يقل أجر العامل الزراعى عن حد معين فى كل منطقة على حدة •

يبين من ذلك أن هذا الاصلاح الزراعى ذو أهمية بالغة سواء من حيث تنظيمه أو من حيث النتائج الضخمة التى تنتظر منه سواء فى الناحية الاقتصادية أو فى الناحية الاجتماعية ، وأنه يشكل النجاة القصوى للنزعة الاشتراكية التى بدأت تظهر رويداً رويداً فى أحكام المحاكم المصرية والتى كرس التقنين الجديد خطواتها الأولى • وهو أن دل على شيء فأنما يدل على أن واضعى التقنين الجديد لم يسرعوا الخطى بل كان سيرهم فى طريق الاشتراكية وئيداً ، متبعين فيه جانب الحكمة والحذر •

(ثانيا) الوجهة التفسيرية :

اقتناعا من واضعى التقنين الجديد بعيوب النزعة الذاتية التى قام على أساسها التقنيان السابقان اقتباسا من التقنين الفرنسى وسائر التقنيات اللاتينية ، فقد حاولوا تفادى عيوب هذه النزعة وعلاج مساوئها بالالتجاء للأخذ بقدر معين بالنزعة المادية التى استمدوها من الفقه الاسلامى والتى تصادف من جهة أخرى مطابقتها لأحدث التقنيات المتطورة وبخاصة التقنيات التى تنتمى الى أصل القانون الجرمانى . فلا يسوغ القول بأن التقنين الجديد قد استبدل النزعة المادية بالنزعة الذاتية كلية ، فهو على النقيض من ذلك قد ألف بين النزعتين فى مزاج تقييرى يوائم حاجات البلد ، بل الأدق أن يقال انه حافظ على بقاءه فى مسيرة القوانين اللاتينية مع اقتباسه فقط بعض التعديلات التى أخذها من الفقه الاسلامى ومن القانون الجرمانى ، وهى تعديلات كانت الحاجة اليها ظهرت من قبل فى أحكام المحاكم الفرنسية نفسها وأخذت بها فعلا . أحدث التقنيات الأجنبية كتقنين الالتزامات البولونى والتقنين المدنى الايطالى .

وبعبارة أخرى فإن التقنين الجديد يمكن القول باستمرار انتسابه الى مجموعة التقنيات اللاتينية المتطورة مع اعتناقه بعض النظريات المادية بالقدر اللازم لضمان الأمن والاستقرار فى المعاملات .

وأية ذلك أنه ظال يعتبر اتفاق الطرفين ركنا ضروريا لتكوين العقد ، ولكنه يعطى قيمة خاصة للتعبير عن الارادة ، فالتعبير وان كان ليس الا الثوب الذى تلبسه الارادة ، لكنه متى صدر فانه مستقل عن الارادة ويسير فى طريقه نحو هدفه ولو مات من أصدره أو أنعدمت أهليته قبل أن يصل التعبير الى من وجه اليه (المادة ٩٢) . ومع ذلك فالارادة تبقى هى العنصر الأساسى فى تكوين العقد ويجب أن تتجرد من كل عيب يشوبها والا كانت قابلة للإبطال .

في التقنيات ذات النزعة الذاتية ، تعرض هذه القاعدة الأخيرة المتعاقد مع الطرف الذي يتمسك بعيب شاب ارادته الى مفاجآت غير سارة . والتقنين الجديد يعالج ذلك بأن يشترط لابطال العقد بسبب عيب شاب رضا طالب الابطال أن يكون العاقد الآخر قد علم بوجود هذا العيب أو كان على الأقل من السهل عليه أن يتبينه ، والا فلا يعتد بالعيب الذي شاب الارادة الباطنة ويتعين الوقوف عند حد الارادة العلنة (المواد ١٢٠ وما بعدها) .

وغنما يتعلق بتفسير العقود تنص المادة ١٥٠/٢ على أنه « اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتاعدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستدعاء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتاعدين ، وذلك وفقا للعرف الجاري في المعاملات » ، وهي قاطعة في أن التفسير يجب أن يتوخى الوصول الى التعرف على الارادة الباطنة ولكن باتباع معايير موضوعية كطبيعة التعامل والأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتاعدين وفقا للعرف الجاري .

ان استعمال المعايير الموضوعية يكفل استقرار التعامل ولذلك كثيرا ما يوجبه التقنين الجديد ، من ذلك معيار رب الأسرة المعنى بأموره الذي نص عليه في المواد ٢١١ و ٥٢١ و ٥٨٣ و ٦١١ و ٦٨٥ الخ ، ومعيار عدم التعادل البتة بين التزامات المتاعدين (في المادة ١٢٩) ومعيار الحوادث الاستثنائية العامة غير المتوقعة (في المادة ١٤٧/٢ المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة) .

ولا يصح أن يستنبط من كون التقنين الجديد يعتمد على معايير موضوعية انه يضع قواعد جامدة واجبة التطبيق آليا ، بل على النقيض من ذلك فان تلك المعايير هي أقرب الى المعايير المرنة standards juridiques منها الى المعايير الجامدة règles rigides ، فهي تترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة وتتيح له من هذا الطريق فرصة

واسعة لتطوير القانون ، ومثال ذلك أن المادة ١٢١ بعد أن قررت أن
الغلط الذي يفسد الرضا يجب أن يكون جوهريا . أوضحت أن الغلط يكون
جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث كان يتمتع معه المعاهد عن إبرام
العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، فيكون للقاضي في كل حالة أن يقدر ما
إذا كان الغلط بلغ هذا الحد من الجسامة أو لم يبلغها .

وفيما يتعلق بالمسئولية المدنية استبقى التقنين الجديد الخطأ
كأساس للمسئولية وفقا للنظرية الشخصية للالتزام ، ولكنه أشح الى
جانبا مكانا للمسئولية المادية ، فنص في المادة ١٦٤ فقرة ثانية على أنه :
« ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو
مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي
أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعىا في ذلك مركز
الخصوم » .

وكذلك نص في المادة ١٧٨ منه على أن « كل من تولى حراسة أشياء
تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا
عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان
بسبب أجنبي لا يد له فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من
حكام خاصة » .

وظاهر أن المسئولية في هاتين الحالتين مسئولية تقوم دون خطأ .

وقد أخذ التقنين الجديد في شأن المسئولية المدنية كما أخذ في شأن
العقود بمعايير مادية مرنة كمييار الشخص السذى يكون في حاجة الى
رقابة (في المادة ١٧٣ التي تقرر مسئولية المرء عن فعل الغير) ومعييار
الشيء الذى يحتاج الى حراسة خاصة (في المادة ١٧٨ التي تقرر مسئولية
المرء عن فعل الأشياء التي تكون في حراسته) . ويمكن أن نشير في هذا
الصدد أيضا الى معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر
حيث تنص المادة ٢٢١ على أنه يجب لكن يعتبر الضرر مباشرا أن يكون

نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في وفائه . وتقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن النتيجة الطبيعية في هذا الصدد تشمل الضرر الذى لم يكن في وسع الدائن عقلا أن يتفاداه ، وتعمل الفقرة الثانية من المادة ذاتها في قصرها التعويض في المسؤولية العقدية على مثل هذا المعيار حيث تقصر التزام المدين بالتعويض على الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هاتان هما الخاصتان الهامتان اللتان تميزان التقنين المدنى المصرى الجديد وتسمحان من جهة باعتباره نتاجا طبيعيا للتحويلات الأيديولوجية والاقتصادية والاجتماعية التى طرأت على البلاد ومن جهة أخرى باعتباره منطويا على قدر كبير من المرونة يتيح تطور القانون في المستقبل وفقا لمتطلبات التطورات المستقبلية .

مستقبل التقنين المدنى المصرى الجديد والدور المؤهل لأن يلعبه في بلاد الشرق الأدنى :

في اعتقادنا أن التقنين المدنى المصرى الجديد تتوافر فيه العناصر التى تكفل له استمرارا طويلا ونجاحا كبيرا ، فهو فوق اعتماده على الكثير من المعايير المرنة واعطائه القاضى سلطة واسعة تتيح له تنويع الأحكام لتلائم مختلف الصور التى تعرض عليه ، قد ادخر له ميلا لا ينضب من الأحكام ينصه على أن مبادئ الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للأحكام يلى التشريع والعرف ولكنه يسبق مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فتنص المادة الأولى منه في فقرتها الثانية على أنه : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

وبناء على ذلك يكون لدى القاضى مصدر رسمى احتياطى غنى بالأحكام ، يتعين عليه أن يلجأ اليه لسد ما يظهر له من ثغرات فى التقنين . وفى اعتقادنا أنه يجب لتيسير مهمة القاضى فى ذلك أن تتال دراسات الفقه الاسلامى وفقا لأساليب القانون المقارن الحديثة نصيبا واغرا ولا سيما أن تعدد مذاهبه يوجب دراستها دراسة مقارنة لامكان استفلاص أكثر الآراء فيها ملائمة لحاجات عصرنا .

ولا شك فى أن اعتماد الفقه الاسلامى كمصدر رسمى احتياطى لقانوننا من شأنه أن يعزز خاصية هذا القانون بزيادة نصيبه من الأحكام التى نشأت فى رحاب الحضارة الاسلامية وفى بلاد الشرق الأدنى ويساعد على زيادة اشعاعه فى هذه البلاد التى لم تعرف لها قانونا غير الشريعة الاسلامية خلال قرون طويلة .

وقد بدأ بالفعل هذا الاشعاع للقانون الجديد من قبل العمل به فى مصر ، فقد نقلت عنه سوريا تقنينها المدنى الجديد نقلا يكاد يكون حرفيا فيما عدا أحكام الاثبات ، لأنها كانت قد أصدرت قبل سنوات قليلة قانونا خاصا بأحكام الاثبات ، ولا شك فى أن التقنين المدنى السورى الذى أصدر وعمل به فى سنة ١٩٤٩ سيكون أداة وصل قوية بين البلدين . وكذلك العراق قد وضع تقنينه المدنى الذى أصدره فى العام الماضى على مثال التقنين المدنى المصرى ، ولو أن واضعه زاد فيما اقتبس من الشريعة الاسلامية عما فعله المشرع المصرى ، ولكن الفروق بين هذين التقنينين قليلة الأهمية ، فبعضها يتعلق بالصياغة حيث فضل المشرع العراقى أحيانا صياغة مستمدة من الشريعة الاسلامية على الصياغة المستوحاة من القوانين الغربية . أما الفروق التى تتعلق بموضوع الأحكام فترجع فى الغالب الى أن التقنين العراقى نظم بعض مسائل تفصيلية لم ير التقنين المصرى داعيا لتنظيمها ، وقد استمد القانون العراقى أحكامها من الشريعة الاسلامية ، فإذا عرضت مثل هذه المسائل التفصيلية على القاضى المصرى ولم يجد لها حكما فى تقنينه ، فيكون فى وسعه أن يستلهم

الفقه الاسلامى وأن يستنبط منه فى شأنها مثل الأحكام التى نص عليها التقنين العراقى بنصوص خاصة .

وهكذا يبين كيف أن التقنين المدنى المصرى الجديد مكمل بمبادئ الشريعة الاسلامية يستطيع أن يلعب دورا مؤثرا فى التقريب بين شرائع مختلف بلاد الشرق الأدنى وتوحيدها .

الاقتراحات :

لقد اقترحنا فيما تقدم انشاء معهد أو مركز لدراسات القانون المقارن بهدف تيسير دراسة أحكام القضاء وآراء الفقه فى البلاد الغربية التى استمد المشرع المصرى من شرائعها صياغة بعض نصوص تقنيننا المدنى الجديد . وفى رأينا أن هذا المعهد أو المركز تكون مهمته الأساسية تشجيع دراسات القانون المقارن وتبادل الوثائق المتعلقة بهذه الدراسات بين الدول المعنية .

ويعد استعراض ما تقدم نستطيع أن نكمل اقتراحنا بجعل المعهد أو المركز المقترح يشمل ثلاثة أقسام : أولا يضطلع بالمهمة سالفه البيان ، والثانى يختص بالدراسة المقارنة لمختلف مذاهب الفقه الاسلامى ، والثالث تكون مهمته استثمار دراسات القسمين الأولين بالتقريب بينها فى دراسة شرائع مختلف بلاد الشرق الأدنى بمقارنتها من جهة بשרائع البلاد العربية ومن جهة أخرى بالشريعة الاسلامية .

ونرى أن مصر ، سواء لموقعها الجغرافى أو لصلة قانونها الوثيقة بقوانين البلاد العربية وبالشريعة الاسلامية أو لعلاقاتها المستمرة منذ القدم ببلاد الشرق الأدنى ، هى الهيئة لقيام مثل المعهد أو المركز المقترح فيها ، وبخاصة فى مدينة القاهرة بالذات التى توجد بها جامعتان حديثتان بالاضافة الى الجامعة الاسلامية العتيقة جامعة الأزهر الشريف .

بعض ملاحظات واقتراحات متعلقة بنصوص التقنين المدني

بمناسبة توحيد القانونين المصري والسوري (*)

يسير العمل حثيثا في توحيد القانونين المصري والسوري ، منطبعا بطابع العهد الجديد ، طابع الإنجاز السريع في غير تردد ولا اضاءة للوقت في الكلام الكثير ، بحيث صار العمل يسابق العاملين ، ويوجب عليهم المبادرة واختصار الطرق والايجاز في القول .

لذلك رأينا أن نضع تحت نظر القائمين بتوحيد القانونين المدنيين بعض الملاحظات المتعلقة بنصوصهما الحالية وما تقتضيه هذه الملاحظات من تعديلات بسيطة يكاد أن لا يختلف في شأن الكثير منها رجال القانون ، متجنبين اقتراح التعديلات الجوهرية التي يتطلب بحثها دراسة طويلة أو تتباين في شأنها وجهات النظر تبائنا كبيرا ، لأننا نرى أن ضرورة الاسراع في انجاز توحيد القانونين لا تسمح بالوقوف طويلا عند هذه المسائل الأخيرة ، فيتعين ارجاؤها الى غرضة أوسع .

وتمشيا مع طابع العصر ، سنوجز القول غاية الإيجاز ، فنكتفي بابداء الملاحظة أو الاقتراح مع بيان سببه في كلمة واحدة والاحالة في تفصيل أسبابه الى دراساتنا السابقة المنشورة .

وهاك بيان هذه الملاحظات والاقتراحات :

١ - في المادة ١٣٩ مصرى / ١٤٠ سورى :

تحذف الفقرة الثمانية التى تنص على أن « تستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير » أو على الأقل عبارة « دون اخلال بحقوق الغير » ، وذلك لأن اجازة العقد القابل للإبطال لا تضيف الى هذا العقد ولا الى آثاره التى كان ينتجها قبلها شيئاً ، فلا محل للقول باستنادها الى الماضى ولا للتحفظ الوارد فى النص بشأن حقوق الغير .

(يراجع كتابنا فى نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ص ٣١٥ و ٣١٦) .

٢ - في المادة ١٦٩ مصرى / ١٧٠ سورى :

يحسن أن يستعاض عن عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى » بعبارة « وتكون المسئولية فيما بين الشركاء فى العمل الضار بالتساوى » ، وذلك لاستبعاد توزيع المسئولية بين المسئول الأسمى والمسئول عن فعل غيره .

(يراجع فى ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٥٩ نبذة ٤٥٠ ص ٥٩٦) .

٣ - في المادة ٢١٥ / ٢١٦ :

تستبدل بعبارة « اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً . . . » عبارة « اذا كان جبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً غير ممكن أو غير مجد » ، لأن التنفيذ بطريق التعويض لا يقتصر على حالة استحالة التنفيذ العينى .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ٧٤) .

٤ — في المادة ٢٢٢ / ٢٢٣ فقرة أولى :

تتحذف منها عبارة « ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا اتحدت بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » ، حتى يسوى بين تعويض الضرر الأدبي وتعويض الضرر المادي .

(يراجع كتابنا في الفعل الضار نبذة ٣١) .

٥ — في المادة ٢٢٧ / ٢٢٨ فقرة ثانية :

يستبدل بعبارة « ولا منفعة مشروعة » الواردة في نهاية المادة عبارة « ولا نفقة مشروعة » كما ورد في مرسوم سنة ١٩٣٨ الذي اقتبست منه هذه المادة .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٠٨ ص ١٥٦) .

٦ — في المادة ٢٣١ / ٢٣٢ :

يستبدل في نهايتها بعبارة « بسوء نية » عبارة « بغش منه أو بخطأ جسيم » لضرورة التنسيق بينها وبين نص المادة ٢٢٥ / ٢٢٦ .

(يراجع كتابنا في أحكام الالتزام نبذة ١١٨ ص ١٦٩) .

٧ — في المادتين ٢٤٤ / ٢٤٥ و ٢٤٥ / ٢٤٦ :

يستبدل بهما النص الآتي :

(١) اذا ستر العاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر أنتج العقد الحقيقي آثاره لا العقد الظاهر .

(٢) غير أنه يجوز للغير الذي بنى تعامله بحسن نية على أساس العقد الظاهر أن يتمسك بهذا العقد .

وذلك تفاديا للجس والتعقيد والأخطاء التي تشوب النصوص الحالية .

(يراجع أحكام الالتزام سنة ١٩٥٧ نبذة ١٨٣ وما بعدها) .

٨ — في المادة ٢٤٦ / ٢٤٧ :

يضاف في الفقرة الأولى عبارة « مستحق الأداء » كي تصبح هكذا « لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام مستحق الأداء ، مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به أو مادام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .

وذلك لضرورة تعليق حق الحبس على حلول دين من يريد استعمال هذا الحق .

٩ — في المادة ٢٤٨ / ٢٤٩ فقرة ثانية :

يضاف بعد عبارة « أن يطلب استرداده » عبارة « ممن يحوزه بحسن نية » لأن تقييد حق الاسترداد بوجوب استعماله في المادة المذكورة لا محل له الا للاسترداد من الحائز حسن النية . أما استرداد الشيء من مقتضبه أو من سارقه فلا يصح أن يقيد بمثل هذه المدة القصيرة .

١٠ — في المادة ٢٧٠ / ٢٧٠ :

تتحذف الفقرة الثانية لعدم الحاجة اليها عندنا .

(انظر كتابنا في أحكام الالتزام نبذة ٢٥٤ ص ٣٥٣) .

١١ — في المادة ٣٩٩ مصري / ١٩ بينات سوري :

تعديل الفقرة الأولى كما يأتي :

« ١ - التأسيس على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المبدعين يكون حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن موقعا منه اذا كان هذا التأسيس بخط الدائن أو كان السند لم يخرج قط من حيازته » .

(يراجع أصول الاثبات سنة ١٩٥٢ ص ١٥٢ هامش ١) .

١٢ - في المادة ٤٠٩ فقرة أولى / ١٠٠ بينات سورى :

ورد في المادة ٤٠٩ مصرى أن « الاقرار حجة قاطعة على المقر » .

وورد في المادة ١٠٠ بينات سورى أن « الاقرار حجة قاصرة على المقر » . والمقصود هو ما ورد في النص المصرى وقد سبق أن وقع فيه خطأ عند نشر القانون لأول مرة في الوقائع المصرية ، ثم صحح عند طبع القانون في الكتاب الذى أصدرته وزارة العدل المصرية (أصول الاثبات طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٧٠ هامش ٣) .

١٣ - في المادة ٤٠٩ فقرة ثانية مصرى / ١٠١ بينات سورى :

تعذر كما يأتى :

« ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه اذا انصب على وقائع متعددة الا اذا كان وجود الوقائع المضافة لا يستلزم حتما وجود الواقعة المدعاة » .

(يراجع كتابنا في موجز الاثبات سنة ١٩٥٧ ص ١٢٦) .

١٤ - في المادة ٤٥٨ / ٤٣٦ فقرة أولى :

يقترح الاستعاضة عن عبارة « لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن الا اذا أعذر المشتري أو اذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى » . « بالعبارة الآتية :

« لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن بعد حلول أجله الا اذا أعذر المشتري أو اذا كان الشيء المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ... » .

وذلك حتى لا تستحق الفوائد عن الثمن المؤجل في الحالة التي يكون فيها المبيع قابلاً لأن ينتج ثمرات ، وحتى تسري الفوائد في هذه الحالة الأخيرة من وقت العقد لا من وقت تسليم المبيع فحسب ، طالما أن المشتري يستحق ثمار المبيع من وقت العقد. وفقاً للمادة ٤٥٨ / ٢٦٦ فقرة ثانية .

(أنظر موجز البيع والإيجار سنة ١٩٥٨ نبذة ٢٧٤) .

١٥ — في المادة ٥٩٥ / ٥٦٢ :

يستعاض عن نصها بما يأتي :

« في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ملزماً بعقده قبل المؤجر فوق التزام التنازل إليه بذلك » .

وذلك لأن المستأجر الأصلي يكون ملتزماً بدين شخصي لا بصفته ضامناً فقط .

(أنظر شرح عقد الإيجار طبعة سنح ١٩٥٤ نبذة ٢٥٨) .

١٦ — في المادتين ٦١٥ / ٥٨٢ و ٦١٦ / ٥٨٤ فقرة أولى :

يستعاض عن عبارة « بسبب قوة قاهرة » بعبارة « دون خطأ منه » .

وذلك لأن المقام ليس استحالة التزام المستأجر بالأجرة ، بل هو مقام إسقاط الأجرة عنه لفوات المنفعة عليه دون خطأ منه .

١٧ — في المادتين ٦٣١ / ٥٩٨ و ٦٣٣ / ٥٩٩ :

تنقل الفقرة الثانية من المادة الثانية كفقرة ثانية في المادة الأولى ،
لأن هذا هو وضعها الصحيح كما تدل على ذلك الأعمال التحضيرية وقد
تغير موضعها خطأ دون أن يلتفت إليه .
(أنظر شرح عقد الإيجار طبعة سنة ١٩٥٤ نبذة ٣٣٣) .

١٨ — في المادة ٦٧٦ / ٦٤٢ فقرة أولى :

تضاف « و » بين التجاريين والجوابين فتكون كذلك « والمثلين
التجاريين والجوابين » .
(أنظر المدخل للعلوم القانونية طبعة سنة ١٩٥٧ نبذة ١٣٠) .

١٩ — في المادة ٦٩٦ / ٦٦٢ فقرة ثانية :

يستعاض عن عبارة « عملا تعسفيا بطريق غير مباشر » بعبارة
« فصلا تعسفيا بطريق غير مباشر » .
كما يستفاد ذلك من الأعمال التحضيرية .

٢٠ — في المادتين ٧٩٩ / ٧٦٥ و ٨٠٠ / ٧٦٦ :

تقدم المادة ٨٠٠ / ٧٦٦ على المادة ٧٩٩ / ٧٦٥ لأنها متعلقة
بالدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين وهي التي يلزم فيها
أن يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء طبقا للمادة ٧٩٨ / ٧٦٤ ، أما
دعوى الحلول التي نص عليها في المادة ٧٩٩ / ٧٦٥ فلا يشترط فيها أن
يكون الكفيل قد أخطر المدين قبل الوفاء .
(يراجع كتابنا في عقد الكفالة نبذة ١٠٢) .

٢١ — في المادة ٩١٦ فقرة ثانية / ٨٧٧ فقرة ثانية :

تحذف عبارة « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا
التاريخ ثابتا » .

وذلك لتناقضها مع صدر الفقرة الذى يقول « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت » .

(يراجع أصول الاثبات طبعة سنة ١٩٥٢ هامش ص ٩٩) .

٢ - فى المادة ٩٦٨ / ٩١٧ :

يستبدل بعبارة « أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار » عبارة « أو حاز حقا عينيا أصليا أو حق رهن حيازى على منقول أو عقار ... » وذلك لاستبعاد الحقوق العينية التبعية غير الرهن الحيازى من حكم التقادم المكتسب .

٢٢ - فى المادة ١٠٤٦ فقرة أولى مصرى :

يضاف فى نهاية الفقرة الأولى عبارة « أو كانت لمدة لا تتجاوز سنة واحدة » .

وذلك حتى يتسق حكمها مع نص المادة ٦٢٤ مراعات التى تنقضى بأنه اذا لم تكن المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها على الأشخاص المشار اليهم فيها الا لمدة سنة .

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٨٧) .

٢٤ - فى المادة ١٠٦٥ مصرى :

يحدد الحد الأدنى لما يجب أن يعرضه الحائز اذ لا يوجد فى القانون قيمة تتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزاع الملكية ، وذلك اما بالاحالة على المادة ٣١ مراعات مصرى ، واما بالنص على أن القيمة التى يعرضها

الحائز يجب أن لا تقل عن ٦٠ مثلاً لضريبة الأطينان الزراعية أو ١٨٠ مثلاً لضريبة المياني •

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ١٦٤) •

٢٥ — في المادة ١٠٧٢ مصرى :

تحذف من صدرها عبارة « أو يتخلى عن هذا العقار » وذلك لدفع شبهة امكان التخلية قبل انذار الحائز •

٢٦ — في المادة ١٠٨٨ مصرى :

تعديل هكذا « لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت أخذ هذا الحق » •

(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٢٠٩) •

٢٧ — في المادتين ١١٠٠ و ١١١٣ مصرى :

ينبغي للتنسيق بينهما تعديل المادة ١١١٣ فقرة (أ) على الوجه الآتى :

« اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في ابراء ذمة الدين من الدين • ويعتبر الدائن نازلاً ضمناً عن حقه بمجرد تخليه باختياره عن الشيء المرهون أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، ما لم يثبت عكس ذلك ، على أنه اذا كان الرهن مثقلاً ••• » •

وذلك لأن المادة ١١٠٠ تنشئ قرينة قانونية على نزول الدائن عن الرهن • أما النص الحالي للمادة ١١١٣ فيخول للقاضي فقط أن يستنبط نزول الدائن عن الرهن بموجب قرينة قضائية ، فيلزم التنسيق بينهما •

(أنظر التأمينات العينية نبذة ٢٦٠) •

٢٨ — في المادة ١١١٠ فقرة أولى مصرى :

تحتذف منها العبارة الأخيرة التى تقول « دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون » حتى يتسقى حكمها مع المواد التى تقرر أن المبيع الجبرى يظهر العقار من كل حق مقيد كالمادة ١٠٧٥ .
(أنظر التأمينات العينية نبذة ٣٠٤) .

٢٩ — في المادة ١١٤١ ج مصرى

تستبدل بكلمة « لأقاربه » عبارة « لزوجه وأقاربه » حتى يتقرر الامتياز لصفة الزوجة أسوة بنفقة الأقارب وهى أولى منهم بالامتياز .
(يراجع كتاب التأمينات العينية نبذة ٣٤٨) .

٣٠ — في المادة ٢ من قانون الشهر العقارى :

يقترح تعديلها كما يأتى :

« يجوز تجديد القيد كل عشر سنوات . فإذا أجرى التجديد بعد انقضاء هذه المدة ، فلا تحسب مرتبة الرهن إلا من تاريخ اجراء التجديد بالنسبة الى الغير الذى كسب حقا حينئذ على العقار فى المدة ما بين انقضاء عشر السنوات واجراء التجديد وقام بشهر هذا الحق قبل تجديد القيد . أما بالنسبة الى أصحاب الحقوق العينية الأخرى ، فتهبى مرتبة الرهن محسوبة من تاريخ اجراء القيد الأسمى » .

(أنظر المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ج ٤ ص ٢٩٧ ، وكتابنا فى التأمينات العينية هامش نبذة ١١٠) .

والله ولى التوفيق

القانون المدني العربي الموحد (*)

(الأمل وكيفية تحقيقه)

١ — ايماء الى القرارات الصادرة من مجلس جامعة الدول العربية أرقام ٢١٠٠ و ٣٠٩٤ و ٣١٥٦ بالموافقة على تشكيل لجنة من خبراء قانونيين لوضع مشروع قانون مدني موحد للدول العربية الأعضاء ، وبناء على رغبة الأمانة العامة لجامعة الدول العربية في إعداد ورقة عمل تعرض على لجنة الخبراء المشار إليها وتبين فيها الاتجاهات التشريعية في نطاق القانون المدني في مختلف الدول العربية ونصيب الفقه الاسلامي في هذه الاتجاهات باعتباره المصدر الأساسي لجميع التشريعات بالدول العربية بل المصدر الوحيد للبعض منها ، وكيفية التوفيق بين الاتجاهات المختلفة في هذا الشأن ، وما يعترض ذلك من عقبات وسبل تذليلها ، واقتراح خطة العمل في ذلك ، أتشرف بأن أتناول هذه المسائل فيما يلي مسترشداً في ذلك بالبحث القيم الذي وضعه في هذا الشأن فقيه العروبة المصاصر العلامة الراحل الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعنوان « القانون المدني العربي » (منشور في مجلة القضاء العراقي العددان الأول والثاني لسنة ١٩٦٢ ومنه مستلة منشورة على حدة في سنة ١٩٦٥) ، بالإضافة الى

(*) تقرير وضع بتكليف من مجلس جامعة الدول العربية لعرضه كورقة عمل على لجنة خبراء توحيد القانون المدني في الدول أعضاء الجامعة التي قرر مجلس الجامعة بتشكيلها لهذا الغرض بموجب قراره رقم ٣١٥٩ الصادر بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٤ . وقد نشر في مجلة التشريع والقضاء التي تصدرها وزارة العدل التونسية في العدد العاشر من السنة السادسة عشرة من المجلة (ديسمبر ١٩٧٤ ص ٧٦٥ وما بعدها) ، ثم نشر مرة أخرى في مجلة « القضاء » التي تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية السنة الحادية والثلاثون سنة ١٩٧٦ العدد الرابع ص ٢٥ وما بعدها .

بحثيه السابقين المنشور أولهما بمجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد الأول بعنوان « وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح » ، وثانيهما بالمجلة ذاتها السنة الثانية عشرة العددان الرابع والخامس بعنوان « مشروع تنقيح القانون المدني » .

٢ — وسأتناولها بالترتيب الآتى :

(أ) تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدني فيها فى الوقت الحالى وبيان تاريخ القانون المعمول به فى كل منها وخصائصه .

(ب) استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القوانين المدنية فى هذه الدول .

(ج) ضرورة التزام هذا الاتجاه العام فى وضع التقنين العربى الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه فى هذا الاتجاه فى المرحلة الحالية .

(د) أسلوب العمل المقترح :

الفصل الأول

تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدني فيها
في الوقت الحالي وبيان تاريخ القانون المدني المعمول به
في كل منها وخصائصه

٣- يقصد بالقانون المدني في البلاد العربية قانون المعاملات
مخصب ، خلافاً لدلوله في البلاد الغربية حيث يشمل القانون المدني
هناك فوق أحكام المعاملات الأحكام التي تنظم الأسرة أو قواعد الأحوال
الشخصية .

والسبب في ذلك أن نظام الأسرة وثيق الاتصال بقواعد الدين التي
تبين التحلل والحرام في العلاقات الأسرية ، غرؤى في البلاد العربية أن
يترك أمره الى هذه القواعد ، ولا سيما أن الدين الاسلامي وهو دين
الأغلبية الكبرى في هذه البلاد قد تضمن تنظيمًا كاملاً لهذا النوع من
العلاقات ، وأن ديانات الأقليات المختلفة قد تضمنت هي أيضا في هذا
الشان تنظيمات أخرى مختلفة فيما بينها ومغايرة في بعض أحكامها
لأحكام الدين الاسلامي ، فصار من المتواضع عليه من قديم في أغلب
البلاد العربية تقريرا ترك تنظيم الأحوال الشخصية للأحكام الدينية
أو المالية أو المذهبية وما تفرع عليها من فقه قام على أساسها .

وبالرغم من أن كثيرا من البلاد العربية رأت تقنين هذه القواعد
المستمدة من الدين كلها أو بعضها في تشريعات حديثة وضعية وجعلت
بعض هذه التشريعات (كالتشريعات المتعلقة بالأهلية والوصية والقوامة
أو بالموارث والوصية) عامة التطبيق على جميع مواطنيها بقطع النظر
عن اختلاف دياناتهم ، فانها وبخاصة تلك التي اتخذت لها قانونا مدنيا
حديثا لم تر تضمينه تلك التشريعات ، بل أبقتها خارجا عنه في تشريعات

خاصة قائمة بذاتها ، ومن أمثلة ذلك في مضر القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٤٣ في شأن أحكام المواريث والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في شأن الوصية والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ في شأن الوقف والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، وفي تونس الأمر الصادر بتاريخ ١٧ أغسطس ١٩٥٦ بإصدار مجلة الأحوال الشخصية ، والأمر رقم ٨٣ لسنة ١٩٥٧ بإلغاء نظام الأحياسن الخاصة والمشاركة ، وفي العراق القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بإدارة الأوقاف ، وفي سوريا المرسوم التشريعي رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٩ بإلغاء الوقف الذري والمشارك وحل الأوقاف الذرية والمشاركة وتصفيتهما .

وعلى هذا فالمستقر حتى الآن في جميع البلاد العربية أن القانون المدني يقتصر على قواعد المعاملات ولا يشمل قواعد نظام الأسرة أو الأحوال الشخصية .

٤ - وتنقسم البلاد العربية من حيث وضع القانون المدني فيها في الوقت الحالي ثلاث مجموعات أصلية تضم الأخيرة منها ثلاث طوائف فرعية :

(أ) المجموعة الأولى تشمل البلاد التي ليس لها قانون مدني مسطور ، وهي المملكة العربية السعودية ، وتطبق الفقه الاسلامي في مذهب الوهابيين وهو فرع من المذهب الحنبلي .

(ب) اليمن وتطبق الفقه الاسلامي في مذهب الزيدية ، وهو مذهب شيعي قريب من المذهب الحنفي (يراجع السنيهوري في مستلة مجلة القضاء العراقية سالفه الذكر ص ٨) .

(ج) أكثر بلاد اتحاد الامارات العربية ، وهي باستثناء بعض التشريعات الخاصة بأنواع معينة من قواعد المعاملات كقانون المسؤولية التبصيرية لعام ١٩٦٨ في أبو ظبي ، تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية دون الاعتماد على أي تقنين لها .

والمجموعة الثانية تشمل البلاد التي تطبق في مجال المعاملات تقنيها
للمشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفي أصدرته الدولة العثمانية في
النصف الثاني من القرن التاسع عشر تحت اسم « مجلة الأحكام العدلية »
وسرى في أكثر البلاد العربية التي دخلت تحت الحكم العثماني ، وقد
تقلصت هذه المجموعة تدريجيا بعد انهيار الدولة العثمانية ، وهي تكاد
لا تشمل في الوقت الحاضر سوى الأردن وفلسطين . أما البلاد الأخرى
التي كانت تضمها هذه المجموعة فقد انتقلت منها الى المجموعة الثالثة .

وتشمل المجموعة الثالثة البلاد التي كانت تطبق في المعاملات ،
مجلة الأحكام العدلية سالفه الذكر الى عهد قريب نسبيا ، ثم اتخذت لها
قانونا مدنيا حديثا على نسق التقنين المدني الفرنسي أو القانون العربي
بوجه عام مع تفاوت فيما بينها في مدى استلهاها لياه وفي مدى الجمع
بين أحكامه وأحكام الفقه الاسلامي .

وهذه المجموعة تنقسم بدورها الى ثلاث طوائف فرعية :

الأولى أكثرها استلهاما للقانون المدني الفرنسي (بما فيه اجتهادات
الفقه والقضاء الفرنسيين) مع الأخذ بقدر قليل من أحكام الفقه الاسلامي
وتشمل الجزائر ولبنان ، وكانت مصر تعد من هذه الطائفة في ظل تقنينها
المدني السابق الذي وحل محله تقنينها الحالي اعتبارا من ١٥
أكتوبر ١٩٤٩ .

والثانية لم تقتصر على استلهاهم القانون المدني الفرنسي وحده
من بين القوانين الغربية بل تخيرت منها جميعها أصلها لها وزادت بمقدار
ما أخذته من الفقه الاسلامي ، وتشمل تونس والمغرب ومصر وليبيا
والسودان (في تقنينه المدني الصادر بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١) .

والثالثة عمدت الى زيادة مقدار ما تأخذ عن الفقه الاسلامي الى
جانب استلهاها القانون العربي من طريق ما تخيره التقنين المدني المصري
الحالي ، وتشمل العراق .

وتجدر الإشارة هنا الى طائفة رابعة كانت تشمل السودان الى حين صدور تقنيته المدني بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ سالف الذكر وكانت تطبق عليها على المعاملات أحكام القانون الانجليزي غير المكتوبة .

٥ — ونعرض فيما يلي موجزا لتاريخ وضع التقنين المدني لكل من بلاد هذه المجموعة الثالثة مع بيان اتجاهها الرئيسي من حيث المصادر التي استلهمتها .

في الجزائر ، أدخلت فرنسا قانونها المدني في الجزائر سنة ١٨٣٠ لتطبيقه على مجتمع المستعمرين الفرنسيين ، ثم انتهى الأمر الى أن يصبح هو القانون المدني النافذ فيما بين الجزائريين أنفسهم .

وفي مصر وضع أول تقنين مدني حديث عند انشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ضمن حركة الإصلاح القضائي التي تم الاتفاق عليها بين مصر والدول صاحبة الامتيازات ، فصدر التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ منقولاً عن القانون الفرنسي نقلاً مقتضباً مفيداً في بعض الأحيان ، مع أخذه في نصوص قليلة منه ببعض أحكام الشريعة الإسلامية كأحكام العلو والسفل (المواد ٥٥ — ٥٨ مدني مختلط) ، وأحكام الحائط المشترك (المادتان ٥٩ — ٦٠ مدني مختلط) وأحكام الشفعة (التي استبدل بها قانون ٢٦ مارس ١٩٠٠) ، والحكم الخاص بجعل مدة التقادم ١٥ سنة بدلاً من ٣٠ سنة كما هي في القانون الفرنسي ، والأحكام الخاصة بغير الرؤية (المواد ٣١٦ الى ٣١٨ مدني مختلط) وبيع المريض مرض الموت (المواد ٣٢٠ — ٣٢٣ مدني مختلط) وبتجريم بيع الجصولات المستقبلية (المادتان ٣٣٠ — ٣٣١ مدني مختلط) وبسقوط حق البائع في حبس الشيء المباع اذا أحال الباقي من الثمن في ذمة المشتري الى الغير (المادة ٣٥٢ مدني مختلط) وبتدخل هلاك المبيع المعين بالذات قبل تسليمه الى المشتري (المادة ٣٧١ مدني مختلط) وبضمان العيوب الخفية (المواد ٣٩٠ الى ٣٩٣ مدني مختلط) الخ . (يراجع في تفصيل ذلك بحث الأستاذ السنهوري سالف الذكر المنشور في مجلة القانون والاقتصاد

السنة السادسة ١٩٣٦ ص ١١٩ وما بعدها) ، ثم صدر بعد ذلك بثمانية أعوام التقنين المدنى الأهلى (سنة ١٨٨٣) لتطبيقه المحاكم الأهلية فى الدعاوى التى تقوم فيها بين الوطنيين دون غيرهم أو بينهم وبين الأجانب من غير ذوى الامتيازات ، وقد جرى فيه واضعه على خطة واضع التقنين المخطط من حيث النقل باقتضاب عن القانون الفرنسى مع الأخذ ببعض الأحكام من الشريعة الاسلامية ولو أنه زاد أحيانا فى اختصار نصوص القانون الفرنسى (كما فعل فى المواد ١٥١ — ١٥٣ الخاصة بالمسئولية التقصيرية) وعدل فى بعض أحكام التقنين المخطط المقتبسة من الشريعة الاسلامية (ومن أمثلة ذلك حذفه مقابل نص المادتين ٣٣٠ و ٣٣١ مدنى مختلط الخاصتين بتحريم بيع المحصولات المستقبلية) وأضاف فى بعض آخر شرطاً مأخوذاً من الشريعة الاسلامية كاشتراطه فى المادة ٣٤٩ مدنى أهلى رضاء المدين فى حوالة الحق .

وفى لبنان ظلت الشريعة الاسلامية معمولاً بها فى مسائل المعاملات حتى صدر قانون الموجبات والعقود فى مارس سنة ١٩٣٢ وعمل به ابتداء من ١١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ فى عهد انتداب الدولة الفرنسية بلبنان . وقد وضع المشرع الأصلى لهذا القانون السيد / زوبرس ، ثم عرض هذا المشروع على العلامة الفرنسى جوسران ، ثم راجعته اللجنة الاستراغية ووضعت فى صيغته النهائية . وقد عمدت اللجنة الى التوفيق بين القواعد الجديدة التى اشتمل عليها المشروع من جهة والشرائع العامة والعادات المحلية فى لبنان من جهة أخرى ، فجاء التقنين اللبنانى صورة للقانون الفرنسى الحديث على الوجه الذى يراه الشراح الفرنسيون المعاصرون ، وفى مقدمتهم جوسران نفسه ، وان لم يخل من بعض الاقتباسات من الشرائع الأخرى الحديثة المتخيرة كالقانون البولندى وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنينين التونسى والمغربى والمشروع الفرنسى الايطالى للالتزامات والعقود ... الخ .

٦ — أما الطائفة الثانية من التقنينات المدنية وهى التقنينات التى أريد لها أساساً أن تكون متخيرة ، فتشمل تقنينى تونس والمغرب والتقنين

المصري الحالي وتقنيات البلاد العربية الأخرى التي نهجت نهج هذا الأخير وهي تقنيات سوريا وليبيا والتونان .

لمنى تونس ظلت الشريعة الاسلامية سارية حتى مطلع القرن الحالي ، ومنذ سنة ١٩٠١ شكلت فيها لجنة من خمسة أعضاء من رجال القانون الأوروبيين لوضع مشروع تمهيدى لتقنين حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود . وقد توخى اللجنة في وضع مشروعها التمهيدى أن توافق بين أحكام الشريعة الاسلامية التي كانت سارية البلاد حتى ذلك الحين وبين أحكام مختلف التقنيات المدنية الأوروبية حتى لا تصدم نصوصه عادات أى فريق من الأجانب أو من الوطنيين في البلاد التونسية ، ثم غرض هذا المشروع التمهيدى على لجنة أخرى مكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ومن عشرة من علماء الشريعة الاسلامية منهم خمسة من أساتذة الشريعة بجامعة الزيتونة وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية . وقد راجعت هذه اللجنة المشروع مراجعة دقيقة وخرجته على أحكام الشريعة الاسلامية ولم تجد فيه ما يناهضها . فصدر به مرسوم الباي في ١٥ ديسمبر ١٩٠٦ ، وسمى التشريع الجديد تقنين الالتزامات والعقود .

وعقب اعلان الحماية على المغرب في سنة ١٩١٢ شكلت لجنة لوضع تقنيات حديثة تقوم مقام أحكام الشريعة الاسلامية في تنظيم علاقات الأفراد ، هرات هذه اللجنة أن تنقل تقنين الالتزامات والعقود عن التقنين التونسي سنالت الذكر بعد حذف بعض نصوص منه رؤى اذماجها في تقنين الاجزاءات أو في تقنين التجارة ، أو الاستغناء عنها كلية لعلها بمقود معينة منتشرة في تونس ولم يجر التعاقد بها في المغرب . وقد اعتمد هذا المشروع فصدر به مرسوم السلطان في ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ وجري العمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ .

ويتميز هذان التقنينان بأنهما لم يلتزما نهج القانون الفرنسى وحده ، بل اقتبسنا كثيرا من تقنيات البلاد الأوروبية الأخرى وبخاصة

من التقنين الألماني والتقنين السويسرى ، وبأن أحكامهما روجعت على أحكام الشريعة الإسلامية ، فألفا مزاجا من النظامين اللاتينى والجرمانى جمع مزايا كل منهما مع التزامه حدود أحكام الشريعة الإسلامية .

٧- وفى مصر ظهرت الحاجة ماسة فى الثلث الأول من القرن الحالى الى تنقيح شامل للقانونين المدنيين المختلط والأهلى اللذين صدرتا فى سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ والى توحيدهما ولا سيما بعد أن تقرر فى اتفاقية مونترو إلغاء الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة ، فشكلت لذلك فى سنة ١٩٣٦ لجنة أولى من ثمانية أعضاء ، ثم استبدلت بها لجنة أخرى من أحد عشر عضوا ، ثم لجنة ثالثة فى سنة ١٩٣٨ تكونت من عضوين اثنين هما الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى والأستاذ ادوار لامير (أنظر تشكيل هذه اللجان الثلاث وبيان مساعدتها الفنيين فى الوسيط للأستاذ السنهورى الجزء الأول الطبعة الثانية من ص ٢٤ الى ص ٣٥) ، وهى التى وضعت المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدنى فى قرابة عامين ، وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضا للاستفتاء زهاء ثلاثة أعوام ، ثم شكلت فى سنة ١٩٤٥ لجنة من خمسة أعضاء برئاسة وأنتخ المشروع التمهيدي الأستاذ عبد الرزاق السنهورى لمراجعة المشروع فى ضوء ما تم من استفتاء وما تقدم من ملاحظات ، وبعد المراجعة أخيل المشروع النهائى الى البرلمان بمجلسيه ، فأقره بعد دراسة مستفيضة استغرقت نحو ثلاثة أعوام ، وصدر مرسوم اصداره فى ١٦ يوليه ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، وهو أول يوم بعد انقضاء أجل المحاكم المختلطة وانتهاء العمل بالتقنين المدنى المختلط .

وقد استقى التقنين المدنى المصرى الحالى من منابع ثلاثة : القانون المدنى المصرى السابق ، والفقه الإسلامى ، والقوانين الغربية الحديثة ، فأتخذ من نصوص القانون المدنى السابق وتطبيقاته القضائية ركيزة أساسية له حتى لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى ، ويفيد من تجربة النصوص السابقة بعد أن صقلها العمل وأوضح مكنونها الفقه والقضاء .

وفيما يتعلق بالمصدر الثانى ، وهو الفقه الاسلامى ، احتفظ المشرع المصرى بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه ، ثم زاد عليها أحكاما أخرى استمدتها منه كأحكام مجلس العقد وإيجار الوقف والحكر والابراء من الدين ، وأحكاما غيرها استمدتها من الفقه الاسلامى ومن القوانين الجبرمانية معا كنظرية التعسف فى استعمال الحق وحالة الدين ومبدأ الحوادث الطارئة ، ولم يقف عند حد الأخذ بهذه الأحكام المتفرقة ، بل جعل الفقه الاسلامى مصدرا من مصادر القانون الرسمية يرجع اليه القاضى فى المسائل التى لا يجد لها نصا تشريعا يسرى عليها ولا عرفا ينظمها (المادة الأولى من القانون) .

وفيما يتعلق بالمصدر الثالث ، أقبل عليه المشرع المصرى قصد الاعتماد عمدا عن التقليد المحض للقانون الفرنسى تحاشيا لميوب هذا الأخير وتوخيا للإفادة من تجربة البلاد الأخرى المتقدمة فى مجال القانون المدنى بوجه عام ، وينوع خاص فى أساليب الصياغة القانونية التى ارتقت ارتقاء كبيرا خلال قرن ونصف قرن مضيا منذ صدور القانون الفرنسى ، ولم يكتف المشرع المصرى فى هذا الشأن بالاقتباس من القوانين اللاتينية المتطورة ، بل قارن هذه القوانين بالقوانين الجبرمانية الأصل (كالقانون الألمانى والقانون السويسرى) ثم بالقوانين المتخيرة التى استمدت أحكامها من كلتا المجموعتين سالفتى الذكر أى مجموعة القوانين اللاتينية ومجموعة القوانين الجبرمانية فى أحدث صورهما المتطورة ، وأخذ من مجموع ذلك كله بأكثره ملاءمة للبيئة المصرية ومطابقة لأحكام القضاء المصرى فى اطار الأحكام الشرعية .

وبذلك جاء التقنين المدنى المصرى الحالى نموذجا من الشرائع الحديثة المتخيرة حافظ على تراثنا القانونى القريب ممثلا فى نصوص القانون السابق وقضاؤه واستزاد من الأخذ من تراثنا البعيد مجسما فى الفقه الاسلامى ، وأضاف الى هذا وذاك خيرا ما وجده فى القوانين الغربية المتباينة الأصول والنزعات ملائما لبيئتنا وعاداتنا .

٨ — وفي سوريا أيضا ظهر أن أحكام المجلة صارت بعيدة عن معاملات الناس ، وكان هذا البعد يتسع يوما بعد يوم باتساع هذه المعاملات ، وعولج الأمر في مناسبات مختلفة بإصدار تشريعات خاصة في موضوعات معينة ، ثم رؤى أخيرا ضرورة وضع تقنين حديث شامل لجميع أحكام المعاملات ، فصدر التقنين المدني الحالي بتاريخ ١٨ آيار سنة ١٩٤٩. وعمل به ابتداء من ذلك التاريخ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين أن المشروع يقوم على أساس القانون المدني المصري الذي صدر أخيرا ، وأن السبب في اختيار هذا القانون أساسا للمشروع السوري يعود الى ما بين القطرين الشقيقين من التقاليد المشتركة ومن العادات المتقاربة والأوضاع الاجتماعية المتشابهة بحيث يسهل تطبيقه في سوريا ، ويؤدي في الوقت نفسه الى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصري ومن آثار رجال القانون المصريين ويقيم بين البلدين تعاونًا واسعًا في التشريع المدني .

وجاء فيها أيضا أن اقتباس المشروع السوري من القانون المصري يحقق مقصدا من أجل المقاصد التي يرنو اليها العرب في هذا العصر وهو توحيد التشريع بين الأقطار العربية . وقد كان هذا الهدف مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملًا من آمالهم ، فجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل ، وهو أول خطوة عملية لاقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية .

٩ — وفي ليبيا أيضا ظهرت الحاجة الى وضع قانون مدني حديث ، فحذا المشروع الليبي حذو المشروع السوري ، وأصدرتنيته المدني في ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣ الذي عمل به ابتداء من ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٤ ، وجاءت نصوصه مطابقة لنصوص التقنينين المصري والسوري ، فكان خطوة أخرى على طريق الوحدة القانونية العربية .

١٠ — وفي السودان أدخل الانجليز منذ احتلالهم إياه في عام

١٨٩٨ قانونهم تدريجيا ، ولما أصدروا قانون الدعاوى المدنية في عام ١٩١٠ ضمنوه نصا يقضى بأن تطبق المحاكم السودانية في حالة عدم وجود نص تشريعى قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم ، ومنذ ذلك الحين درجت المحاكم السودانية على تطبيق القانون الانجليزى مسطورا كان أو غير مسطور باعتبار أنه خير تعبير عن قواعد العدالة والانصاف والوجدان السليم ، وبذلك أصبح القانون المدنى الانجليزى هو الذى ينظم المعاملات فى السودان ، فاستقر فى بيئة غير بيئته ، وفى مجتمع لم يعد هو له ولم يألّفه ، وبقي فى أغلبه غير مقنن يعتمد على السوابق القضائية وظلت أحكامه مبعثرة فى مواطن متفرقة وقواعده غير مستقرة وغير منضبطة ، مما دعا ثورة سنة ١٩٦٤ الى التفكير فى علاج هذه الحال ، فشكلت فى سنة ١٩٧٠ لجنة من المتخصصين من أبناء وادى النيل شماله وجنوبه كان من أول مهامها وضع مشروع قانون مدنى ، وقد أنجزت اللجنة هذه المهمة وعرض المشروع على كافة الجهات المعنية كاليئة القضائية ونقابة المحامين وأساتذة القانون فى الجامعة وغيرهم من المشتغلين بالقانون واستطلع رأيهم فيه ، ثم روجع المشروع فى ضوء نتيجة هذا الاستفتاء ووضع فى صورته النهائية ثم صدر به القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ •

وقد سار هذا القانون فى تبويبه وترتيب أحكامه على نسق القانون المدنى المصرى الحالى ، وجاء فى مذكرته التفسيرية أنه استمد أحكامه من مصدرين رئيسيين هما : القوانين المدنية فى بعض الدول العربية والشريعة الاسلامية •

فكانت القوانين المدنية فى كل من مصر وليبيا والعراق وسوريا وقانون التجارة الكويتى ومشروع القانون المدنى الموحد الذى وضع ابان الوحدة بين مصر وسوريا هى المصادر التى استلهمها المشرع السودانى وتخير من أحكامها ما هو أكثر ملاءمة لأوضاع السودان وظروف الحياة فيه •

كما أنه استلهم الشريعة الإسلامية وأخذ عنها الكثير من أحكامه .
بالإضافة إلى أنه اعتبرها المصدر الرسمي الأول الذي يتعين على القاضي
أن يلجأ إليه عند عدم وجود نص يحكم المسألة المطروحة عليه .

وقد أشارت مذكرته التفسيرية إلى أهم النظريات التي استمدتها
المشروع من الشريعة الإسلامية في موضوعات التعسف في استعمال الحق
ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة الذي
يستند إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية وموضوعات الأهلية
والهبة والشفعة وكثير غيرها من الأحكام التفصيلية كالأحكام الخاصة
بمجلس العقد وبيع المريض مرض الموت وانقضاء الإيجار بموت
المستأجر ... الخ .

١١ — يبين مما تقدم أن هذه الطائفة الثانية من التقنيات المدنية
العربية تتسم بسمة بارزة هي أنها مع احتفاظها بالقوانين المعمول بها في
بلادها بعد تنقيحها قد استلهمت مصدرين آخرين بالغنى الإهمية :
(١) القانون المقارن وبصفة خاصة الشرائع الغربية سواء منها التي
تنتمي إلى مجموعة الشرائع اللاتينية والتي ترجع إلى مجموعة الشرائع
الجرمانية ، (٢) والشريعة الإسلامية في المذهب الحنفى من طريق مجلة
الأحكام العدلية ومرشد الحيران . وقد استرادت تقنيات هذه الطائفة
من أحكام الفقه الإسلامى فوق ما أخذته منه تقنيات الطائفة الأولى
وجعلته مصدرا رسميا من مصادر القانون .

١٢ — أما الطائفة الثالثة من التقنيات العربية المعاصرة ، فينفرد
بها حتى الآن التقنين المدني العراقي الحالى ، وهو يشكل أول تجربة
لوضع خلاصة القوانين الغربية وأحكام الفقه الإسلامى جنبا إلى جنب
على قدم المساواة .

وكان ذلك أمرا طبيعيا لأن مجلة الأحكام العدلية ظلت معمولا بها
في العراق حتى صدور القانون المدني الجديد ، وكانت الحاجة كثيرا ما

تدعو الى سن قواعد جديدة تستمد من غير المذهب الحنفى الذى قننته
المجلة ، فتصدر بها تشريعات خاصة ، وكثرت هذه التشريعات وتعددت ،
وكان منها الموروث عن الدولة العثمانية كقانون الأراضى وقانون الطامو ،
وانتشرت قواعد مدنية هامة فى ثنايا قوانين الاجراءات وفى قانون أصول
المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية ... الخ .
وكان على اللجنة لآتى كلفت وضع مشروع قانون مدنى عراقى أن تلم
تستات هذه التشريعات العديدة المبعثرة ، بما فى ذلك مجلة الأحكام العدلية
وأن تؤلف ما بين أجزائها وتنسق ما بين نصوصها وقد بذلت فى ذلك جهدا
رائعا .

وجاء فى الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدنى العراقى أنه :
« رؤى أن يكون المشروع مثلا لما ينبغى أن يكون عليه التقنين المدنى
فى البلاد العربية ، فجعل مزاجا متاكفا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة
الاسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتكوينه هذا
يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة
الحديثة أو يستحث الجهود لدراسة الفقه الاسلامى دراسة مقارنة ترده
الى ربيع حياته وتمكنه من مسaire هذه الأوضاع .

« ومتى تم احياء الفقه السلامى على النحو المتقدم ، مهد السبيل
للقانون الدنى العربى . فلما من شك فى أن هذا الفقه أصبح مصدرا
يفيضى بالحياة والحركة ، ويكون خليقا بأن يؤسس عليه وحده تقنين من
أحدث طراز . ومثل هذا التقنين ، وان كان مجرد أمنية تجيش بها
النفوس فى الوقت الحاضر ، الا أن المشروع يهيئ لتحقيق هذه الأمنية
خير الوسائل وأجداها .

« وقد أخذت الأحكام الواردة فى هذا المشروع من المشروع
المصرى — وهو فى جملة صفوة مختارة من القواعد التى استقرت فى
أرقى التقنينات الغربية — ومن القوانين العراقية الحالية وفى طبيعتها
المجلة وقانون الأراضى — ومن الشريعة الاسلامية . والكثرة الغالبة من

هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الاسلامى فى مذاهبه المختلفة دون تقييد بمذهب معين .

« ولم يأل المشروع جهذا فى التنسيق بين الأحكام التى استقناها من مصدرية الأساسيين ، الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية . فاندمجت جميعا فى ضرب من الوحدة يكاد يخفى معه ازدواج المصادر وتباينها » .

وقال الأستاذ الدكتور السنهورى الذى أسهم الى حد كبير فى إعداد مشروع هذا القانون واخراجه :

« ان القانون العراقى الجديد يتميز باتجاه خاص ينفرد به عن القانون المصرى الجديد وعن سائر القوانين الحديثة . فهو أول قانون مدنى حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامى والقوانين الغربية الحديثة جنبا الى جنب بقدر متساو فى الكم والكيف . وهذه تجربة من أخطر التجارب فى تاريخ التقنين المدنى الحديث . ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركزت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الرومانى لم تهب عليها ريح الإصلاح الا فى مرحلة أولى يوم قننت أحكامها فى نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية فى المجلة وفى مرشد الحيران . وها نحن الآن فى مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقى الجديد وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامى الى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة فى القانون المصرى الجديد . فلسنا مغالين اذا قلنا أن تجربة القانون المدنى العراقى تعد من أخطر التجارب فى تاريخ القانون . فهذه أحكام الفقه الاسلامى قننت فى نصوص واضحة ووضعت الى جانب نصوص القوانين الغربية ، وبذلك تم جمع الفقه الاسلامى والقوانين الغربية على صعيد واحد ، فمكّن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة فى نهضة الفقه الاسلامى ، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجارى مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا » .

الفصل الثاني

استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القانون المدنى فى الدول العربية

١٣ - يبين من عرض تاريخ مختلف التقنيات المدنية السالفة الذكر أن كلا منها روعى فيه تضمينه الأحكام التى توافق المجتمع الذى وضع له والعصر الذى صدر فيه ، وذلك بوصل الحاضر بالماضى مع استهداف تطويره بما يلائم المستقبل •

فكل من التقنيات المذكورة راعت الاحتفاظ بقدر كبير من القوانين المعمول بها فى حينها ، وذلك منعا للطفرة ومضارها ورغبة فى الاغادة من استقرار تلك القوانين بها بعد أن صقلها العمل وأوضح الاجتهاد غامضها وأكمل نقصها • وكل منها توخت بدرجات متفاوتة وصل حاضرها بماضيها وتوثيق الصلة بينه وبين تراثها القانونى العظيم متمثلا فى الفقه الإسلامى الذى ظل هو القانون العام للمعاملات قرونا طويلة فى جميع تلك البلاد حتى وضع التقنيات الحديثة بها ، بل مايزال هو القانون العام فى بعضها •

وكل منها استهدفت استيعاب تيارات التشريع العالمية والأخذ بأسباب تطويرها تقريبا للشقة بين أحكامها وأحكام تقنيات البلاد العصرية المتقدمة ، تيسيرا للتعامل والتبادل مع أهل تلك البلاد ، بعد أن أصبح العالم كله يكاد أن يكون وحدة متكاملة لا يستغنى بعضها عن بعض •

١٤ - ومن هنا كانت ضرورة استمداد تلك التقنيات العربية التى عرضنا تاريخها من مصادر ثلاثة : (١) القانون القائم ، (٢) والفقه الإسلامى ، (٣) والقانون المقارن •

أما أول هذه المصادر الثلاثة ، فقد فرضته طبيعة القانون ذاتها من حيث أنه كائن حي ينشأ في المجتمع بنشأته ويسايره في تطوره متصلة حلقاته بعضها ببعض تمهد كل منها التالية وتكمل اللاحقة منها السابقة وتوضحها وتطورها حتى تصل بها الى الغاية من مطابقة حاجات المجتمع في سيره المطرد نحو الرقي والتقدم .

وكان لابد من اتخاذ القانون القائم في كل بلد أساسا لوضع التقنين الجديد فيه ، حتى لا يحدث التقنين الجديد صدعا في بناء المجتمع ولا تصدم أحكامه ما ألفه الناس من أحكام القوانين السابقة . وحتى يثرى التقنين الجديد بمحصلة تجارب القوانين القائمة فيحتفظ بما ثبتت صلاحيته منها ويصلح ما ظهر في بعضها من عيب . ويتيح للمستغلين بتطبيقه سندا قويا يستندون اليه في تفسيره وخيرته ثمينة من اجتهادات الفقه والقضاء السابقين في تطبيقهما تلك القوانين على المشاكل العملية المعاصرة وينهلون منها في يسر واطمئنان يجنبهم الشطط أو الدخول في خلاطات فقهية جديدة بعد أن تكون الخلافات التي أثارها القوانين السابقة قد حسمت واستقر الأمر بشأنها ، أثر سنين طويلة من الجدل والنقاش .

١٥ — أما المصدر الثاني ، وهو الفقه الاسلامي ، فقد فرض الرجوع اليه عند وضع التقنينات الحديثة في أكثر البلاد العربية أولا وقبل كل شيء أنه كان يمثل القانون القائم في تلك البلاد وقت اعداد تلك التقنينات ، فوق أنه يعتبر في هذه البلاد من الحقائق التاريخية والحقائق المثالية التي برهن العلامة جينى على أنها تدخل ضمن الحقائق العلمية التي تتكون منها مادة القانون في كل مجتمع والتي لا يمكن بالتالى اغفالها عند صياغة قانون بلد ما أو تقنينه . ذلك أن الفقه الاسلامي ارتبط بتاريخ الحضارة العربية وأمدّها بالأسس القانونية التي ساعدت على ازدهارها وانتشارها بضعة قرون في رموع أوروبا وحتى أقاصى آسيا وظل هو القانون العام في البلاد العربية الى وقت هريب جدا بل لايزال كذلك في بعضها حتى الآن . الأمر الذي يجعله قاسما مشتركا بين هذه البلاد . فضلا عن أنه

ينبثق من مثل عليا تقوم على أساس الدين الاسلامي دين الكثرة الغالبة في البلاد العربية وتمتزع فيها بأخلاق الناس وطبائعهم ، مما يوجب أخذها في الاعتبار عند تقنين أحكام معاملاتهم ، يضاف الى ذلك أن هذا الفقه بلغ بفضل اجتهاد اعلامه المجتهدين شأوا عظيما من الأصالة والدقة ومن احكام النظم ، وحوى أعدادا لا تحصى من حلول المسائل ، مما جعل فقهاء الغرب يعترفون له في مؤتمراتهم الدولية بمكانة سامية بين النظم القانونية في العالم (أنظر بوجه خاص قرارات مؤتمر القانون الدولي المقارن الثاني المنعقد بلاهاي سنة ١٩٣٧ ، وسليمان موقس في مقال باللغة الفرنسية في فضل بعض نظم الشريعة الاسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الحديثة • مجلة مصر القضائية L'Egypte Judiciaire ، القاهرة سنة ١٩٣٧ العدد رقم ١٥٣) •

كل هذا أوجد في مختلف المجتمعات العربية الحديثة منذ أن نهضت من ثباتها وصممت على اللحاق بالركب العالمي المتقدم وعلى استعادة مجدها الغابر شعورا عميقا بضرورة التقارب والاتحاد فيما بينها واحساسا خفيا بأن تمسك كل منها بالفقه الاسلامي — ذلك القاسم المشترك بينها — يكون من أنجع الوسائل لتحقيق تقاربها واتحادها •

١٦ — أما المصدر الثالث — وهو القانون المقارن — فقد دعت المجتمعات العربية الحديثة الى الاستهداء به ، رغبتها في الأخذ بأسباب الرقي والتقدم التي ظهرت في قوانين البلاد الغربية الحديثة المتطورة سواء من حيث الموضوع أو من حيث الصياغة خلال قرن ونصف بعد صدور تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤ ، وذلك أولا للاستفادة الذاتية من تلك الأساليب ، وثانيا لتقريب الشقة بين قوانينها وقوانين تلك البلاد تيسيرا للتعامل مع أهلها •

الفصل الثالث

ضرورة التزام هذا الاتجاه العام في وضع التقنين المدني العربي الموحد ومتطلباتها وفدى ما يمكن تحقيقه في هذا الاتجاه في المرحلة الحالية

١٧ — ولأن هذا الاتجاه العام الذى سارت فيه البلاد العربية التى اتخذت لها تقنينات وضعية حديثة كان اتجاها طبيعيا أملتة على كل منها ظروفها في هذه المرحلة من تاريخها ، يبدو أنه من المتعين مواصلة السير فيه عند وضع مشروع تقنين عربى موحد ، مع مواعاة تباين الأحوال بين بعض البلاد العربية وبعضها من جهة ، وتغير الظروف من جهة أخرى وفي مقدمتها ما أصبح يجتاح البلاد العربية في الوقت الحاضر من رغبة غارمة في الأخذ بأسباب الرقى للحاق بالركب العالمى المتقدم ومن ازدياد الشعور بتقوية أواصر الوحدة بينها واستعادة مجدها التالد و احياء تراثها الحضارى العظيم ، ومنه تراثها القانونى الجسم في الفقه الاسلامى .

١٨ — ونعرض فيما يلى تصورنا لاهكانيات السير في هذا الاتجاه ومتطلباته ومدى ما يمكن تحقيقه بالنسبة الى كل من المصادر الثلاثة المشار اليها آنفا التى ينبغى استلهاها في وضع التقنين المدني العربى الموحد .

١٩ — (أ) فيما يتنطق بالقوانين القائمة — كانت مهمة المشرعين المحليين في مختلف البلاد العربية التى اتخذت لها تقنينات حديثة رغم صعوبتها أيسر بكثير مما ستكون عليه مهمة مشروع التقنين الموحد فيما يتعلق باستمداد أحكامه من القوانين القائمة وما نسج حولها من اجتهاد فقهي وقضائي . ذلك أن كل مشروع محلى لم يكن أمامه سوى قانون واحد

يسهل عليه أن يحيط به وأن يصلح ما أظهره فيه العمل من عيب أو يكمل ما بدا فيه من نقص ثم يحل مكانه من التقنين الجديد . أما مشرع التقنين الموحد ، فإنه سيجد بين يديه تقنيات قائمة بقدر عدد البلاد التي يوضع لها التقنين الموحد . وقد تقدم أن تلك التقنيات القائمة في البلاد العربية تنقسم طوائف ومجموعات عدة تختلف فيما بينها من حيث المصدر الذي استمدت منه ، وبالتالي من حيث مادتها وصياغتها ، فضلا عن اختلاف الاجتهاد في كل منها عنه في غيرها ، الأمر الذي يعقد مهمة مشرع التقنين الموحد في الاستمداد من ذلك المصدر الأول الذي بان من الاتجاه العام السابق استخلاصه من حركة التقنين في البلاد العربية ضرورة الاعتماد عليه ، ألا وهو القانون القائم في كل من تلك البلاد .

ويمكن اجمال الصعاب التي تعترض سبيل مشروع التقنين الموحد في هذا الشأن في ثلاث :

١ — اختلاف مصادر القانون القائم في كل من البلاد العربية .

٢ — تبانين الأعراف .

٣ — التأخير في نظم الأموال الثابتة .

والصعوبة الناشئة من اختلاف المصادر يمكن الاستعانة في التغلب عليها بما يلي :

(أ) بالنسبة الى المجموعة الأولى من البلاد العربية ، أي التي ليست لها قانون مدني مسطور ، بالنزول على الرغبة القوية والحاجة الملحة في سائر البلاد العربية في أن يكون لها تقنين مدني موحد ، وليس في ذلك ضرر أو غضاضة عليها .

(ب) ثم بالنسبة اليها والى بلاد المجموعة الثانية أي التي تنظم المعاملات فيها مجلة الأحكام العدلية ، باتباع مسلك توفيقى بين أحكام

الفقه الاسلامى والأحكام المستمدة من القانون المقارن على الوجه الآتى
بيانه عند الكلام على المصدر الثانى وهو الفقه الاسلامى •

(ج) وبالنسبة الى بلاد المجموعة الثالثة بطوائفها الثلاث ، بتفجير
أصلح ما فى قوانين هذه البلاد وأكثره ملاءمة للمجتمع العربى فى العصر
الحالى ، مع تجنب التفاصيل التى يكثر فى شأنها الاختلاف وتركها
للوائح أو الأعراف المحلية •

أما الصعوبة الناشئة من تباين الأعراف التى تعتبر جزءا من القانون
المقائم فى كل بلد ، فيمكن تذليلها فيما لا يمكن توحيده من أعراف أو
تقضى المصلحة بعدم توحيده بترك تقنينه والاكتفاء بالاحالة فى التقنين
الموحد على العرف المحلى فى كل بلد ، وقد رأينا على سبيل المثال أن
المشرع العربى عندما نقل قانون الالتزامات والعقود عن القانون التونسى
أغفل تنظيم بعض أنواع العقود التى نظمها القانون التونسى لأنها غير
متداولة فى المغرب ، فيصح أن تعتبر الأحكام المنظمة لتلك العقود أعرافا
محلية لا يتناول المشرع تقنينها ويكتفى فى التقنين بالاحالة عليها •

أما الصعوبة الناشئة من تغيير نظم الأموال الثابتة واختلافها من
بلد الى آخر ، فمرددا الى أن نظم الملكية العقارية تمنع جذورها الى
أصول عميقة فى تاريخ كل بلد ، سواء فى ذلك تاريخه السياسى أو
الاقتصادى أو الاجتماعى ، وهى ثمرة هذا التاريخ الحافل الشامل توارثها
الخلف عن السلف وأصبحت مجسمة فيما ألفه الناس فى كل مجتمع من
النظر الى الأموال الثابتة وأنواع الحقوق التى تقترب عليها والتصرفات
التي يمكن أن ترد عليها ، وكثيرا ما تنشأ من هذا الغطر الذى يألغه الناس
أعراف محلية •

لذلك جرى المشرعون فى البلاد التى تضم أجزاء تختلف فيها نظم
الأموال الثابتة على عدم تضمين أحكام هذه الأموال تقنينها المدنى ،
وايثار الاختصار على وضع قانون الالتزامات والعقود ، كما فعلت كل

من تونس والمغرب ولبنان ، على غرار ما فعلته بعض البلاد الأوروبية والآسيوية الحديثة مثل سويسرا وبولنده والصين ، وما سار عليه واضعو المشروع الفرنسى الايطالى للالتزامات والعقود فى سنة ١٩٢٩ •

ولذلك نرى أنه ربما يحسن التفكير — اقتداءً بتلك البلاد — فى تجنب هذه الصعوبة فى الوقت الحاضر بقصر التقنين المدنى العربى الموحد المزمع وضعه على الأحكام المتعلقة بالالتزامات والعقود •

٢٠ — (ب) وفيما يتعلق بالأخذ من الفقه الاسلامى :

غنى عن البيان بعد ما أسلفناه عن الفقه الاسلامى أنه فقه عظيم يزخر بروائع الكنوز القانونية التى يصح أن يباهى بها العرب سائر الأمم والتى يستطيعون أن يجدوا فيها ما يسد حاجتهم ويغنيهم الى حد كبير عن الاقتباس من قوانين أجنبية عنهم •

وقد رأينا كيف أن المجموعة الثالثة من البلاد العربية بطوائفها الفرعية الثلاث قد درجت على الأخذ من الفقه الاسلامى بدرجات متفاوتة الى جانب ما أخذته عن القانون الفرنسى وسائر القوانين الغربية ، وبينا اتجاه هذه المجموعة الى استزادة الأخذ من أحكام الفقه الاسلامى ، وكان قصب السبق فى ذلك للتقنين المدنى العراقى الذى جعلناه وحده يشكل طائفة قائمة بذاتها تأتى على رأس طوائف هذه المجموعة •

وبدهى أن يؤدى استمرار التطور فى هذا السبيل الى الاستزادة من الأخذ من أحكام الفقه الاسلامى عما فعله التقنين العراقى ، والى اعتبار هذا التقنين الأخير مرحلة على طريق التقنين المدنى العربى الموحد تليها مرحلة أخرى أو أكثر •

وفى هذا يقول الأستاذ السهنورى ، بعد أن وضع مشروع التقنين المصرى الحالى وأسهم بأوفر نصيب فى مشروع التقنين العراقى الحالى :

» ... وأقدر بعد أن اجتزنا هذه المرحلة الثانية (يقصد مرحلة التقنين المدني العراقي) وبعد أن أصبح الفقه الاسلامي جنبا الى جنب في صعيد واحد أن يتكامل القانونان وأن يتفاعلا ، هذا يؤثر في ذاك ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقها لدراسة الفقه الاسلامي في ضوء القانون المدني العربي . وهذه الدراسة هي التي قصدت أن أصل اليها حتى اذا أتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الاسلامي الى الحد الذي يجعله مصدرا لقانون مدني يجارى مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل ، عند ذلك نكون قد بلغنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود » .

ثم يرسم الأستاذ السنهاوري المنهج الذي يقترحه لدراسة الفقه الاسلامي ، قصد احيائه والنهضة به نهضة علمية صحيحة تمهيدا لاتخاذها أساسا يقوم عليه بناء التقنين العربي الموحد فيقول :

« ..بإلأساس في هذه الدراسة أن تكون دراسة مقارنة ، فيدرس الفقه الاسلامي في ضوء القانون المقارن . ويعنى في هذه الدراسة بأمرين جوهريين : (أولهما) أن تدرس نشأة الفقه الاسلامي دراسة دقيقة ، فيبحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور وبخاصة في العصور التي سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة ، (والأمر الثاني) أن تدرس مذاهب الفقه الاسلامي المختلفة ، السني والشيعة والخارجي والظاهري وغير ذلك من المذاهب ، دراسة مقارنة لاستخلص منها وجوه النظر المختلفة ، ولنتركز هذه الوجوه في تيارات التفكير القانوني ، ثم تتبلور في اتجاهات عامة ، ونستكشف من وراء كل هذا قواعد الصناعة الفقهية الاسلامية ، ثم نقارن هذه الصناعة بصناعة الفقه العربي الحديث ، حتى يتضح ما بينها من الفروق ووجوه الشبه ، وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامي لا في قواعده الأساسية ومبادئه ، بل في أحكامه التفصيلية وفي تعريفاته ، فتمتد يد التطور الى هذه التفاصيل على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامي وطرق صياغته وأساليبه منطقته .

وحيث يحتاج الفقه الإسلامى الى التطور يتطور ، وميث يستطيع أن يجارى مدنية العصر يبقى على حاله دون تغيير • وهو فى الحالين فقه اسلامى خالص لم يتداخله عوامل أجنبية فتخرجه عن أصله • »

ثم يقول :

« والغاية من دراسة الفقه الإسلامى على النحو الذى قدمته هى أن تنتهى هذه الدراسة بعد عشرات من السنين الى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور المباشر ، مسائراً لروح العصر ، وتكون نهضة الفقه الإسلامى هذه شبيهة بنهضة القانون الرومانى فى العصور الوسطى ، وينبت الفقه الإسلامى قانوناً مدنياً متطوراً يجارى المدنية الحديثة • وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الإسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الرومانى • • »

يبين من ذلك أن بلوغ المرحلة القصوى على طريق وضع تقنين مدنى عربى موحد منبثق من الشريعة الإسلامية يتطلب اتمام دراسة الفقه الإسلامى بمذاهبه المختلفة دراسة مقارنة نستخلص منها وجوه النظر المختلفة واتجاهاته العامة وطرق صياغته وأساليب منطقته ، حتى يمكن مراعاة ذلك كله فيما يراود استمداده منه من نصوص تجد مكانها فى تقنين عربى موحد حديث •

ولأن هذه الدراسة لما تتم وسيستغرق اتمامها وقتاً غير قصير ، ولأن الحاجة أصبحت باعتراف مجلس جامعة الدول العربية كما يبين من قراراته سالفة الذكر — ماسة للتجويل بوضع تقنين مدنى عربى موحد يكون أداة فعالة فى تحقيق الوحدة العربية المرتقبة ، فانه ينبغى توطئ النفس على أن يكون قطع بقية الطريق فى سبيل الوصول الى وضع تقنين عربى موحد على مرحلتين بدلاً من مرحلة واحدة تمهد احدهما للأخرى وهى المرحلة النهائية التى تقدمت الاشارة اليها وتكون الأولى خطوة جديدة على هذا الطريق تكمل الخطوة التى قطعها التقنين المدنى

العراقي ، وفيها يستزاد الاستعداد من أحكام الفقه الاسلامى بقدر ما تسمح به الدراسات التى تمت حتى الآن والتى يمكن اجراؤها على نطاق مكثف فى أثناء وضع مشروع التقنين الموحد ، على أن يعاد النظر فى هذا التقنين بعد أن تتم الدراسات اللازمة للفقه الاسلامى فى ضوء ما تظهره تجربة العمل بنصوص هذا التقنين طوال الفترة التى ستستغرقها تلك الدراسات ، غيأتى التقنين العربى الموحد النهائى المنبثق من أحكام الفقه الاسلامى نتيجة تدرج فى التنسيق بين أحكام هذا الفقه وأحكام القوانين القائمة المستمدة أغلبها من قوانين أجنبية وبعد بلورة خير الحلول التى حوتها كنوز الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة واختيار أكثرها ملاءمة لحاجات المجتمع العربى المعاصر •

وما لا يدرك كله لا يترك كله ، وليست الفترة اللازمة لانجاز دراسات الفقه الاسلامى المشار اليها بالشيء الكثير بالقياس الى تاريخ الأمة العربية ، وانما المهم أن يخطط لتلك الدراسات وأن يبدأ فيها فوراً •

٢١ — وجدير بالتنويه فى هذا الصدد من الناحية العملية أن أسلوب الفقه الاسلامى أقرب الى أسلوب الفقه الأنجلوساكسونى منه الى أسلوب الفقه اللاتينى من حيث انه يقوم على أساس معالجة الحلول لمسائل متفرقة لا على أساس نظريات عامة ، فهو مثلاً يعالج أنواع العقود المختلفة ويضع الحلول لما يعرض من مشاكل بمناسبة كل منها ولا يحاول وضع نظرية عامة للعقد وأركلنه وآثاره بصفة علمة • فاعلم مما يسهل المهمة أن يبدأ بتقنين أحكام العقود وفى مقدمتها عقد البيع بعد دراستها الدراسة المقارنة فى مختلف المذاهب وتخير أكثرها ملاءمة لحاجات العصر الحاضر ، ثم تعالج الموضوعات الأخرى تباعاً كالضمان والاثراء • الخ • ثم يشرع بعد اكتمال تقنين أحكام هذه الموضوعات المتفرقة فى استخلاص قواعد نظرية عامة منها وتقنين هذه القواعد حتى ينبسط تطبيقها على سائر الموضوعات التى لم تقنن طالما أنه لا يوجد بشأنها نص مغاير •

٢٢ — (ج) وفيما يتعلق باستلهم القانون المقارن :

أصبح استلهم القانون المقارن في وضع كل تشريع حديث ضرورة لا محيص عنها في العصر الحاضر بسبب تقدم وسائل النقل والمواصلات السلوكية واللاسلكية مما أدى الى زيادة سرعة تبادل المعلومات والسلع بين أجزاء العالم كله وبالتالي الى تضاعف التعامل عدة أضعاف ، سواء في المعاملات الداخلية أو في المعاملات مع الخارج ، والى كثرة تشابه بين أطراف ينتهون الى بلاد وتشريعات مختلفة . الأمر الذي يوجب على كل دولة أن تراعى في وضع تشريعها ألا يصطدم مع الأصول والقواعد المرعية في تشريعات الدول الأخرى ، هذا بالإضافة الى الفوائد الجمة التي يفيدها المشرع من تجارب غيره من المشرعين ومما حققوه من تقدم في مجال الفن التشريعي واتقان صياغة النصوص ومواجهة ظروف العالم المتغيرة وأنواع التعامل المستحدثة .

ولأن التقنيات العربية التي استلهمت هذا المصدر ، قد وقفت في هذا الطريق عند حد ما وصل اليه القانون المقارن قبل ثلث قرن على الأقل ، فإنه ينبغي لمن يضطلعون بوضع مشروع التقنين المدنى العربى الموحّد أن يستوعبوا ما جد في حقل القانون المقارن خلال هذه الحقبة الأخيرة من الزمن والى حين وضع المشروع الجديد ، حتى يأخذوا منه بما يرون ضرورة أو ملاءمة الأخذ به وإحلاله محله المناسب من ذلك المشروع .

وبدهى أن ذلك يتطلب بحوثا ودراسات ومراجع كثيرة لا تقل عما يتطلبه استلهم المصدرين السابقين .

الفصل الرابع

اسلوب العمل المقترح

٢٣ — يخلص من التجارب السابقة لسن التقنيات الكبرى ضرورة البدء بوضع مشروع تمهيدى للتقنين المقترح يعرض على هيئة أو هيئات متخصصة في مختلف النواحي التى تتصل بموضوعه .

وفيما يتعلق بوضع مشروع تمهيدى لآى تقنين سلكت الدول احدى طريقتين : (١) اما اسناده الى خبير واحد أو خبيرين مع التفرغ التام لمدة معينة ، (٢) واما اناطته بلجنة موسعة لا يشترط فى أعضائها التفرغ التام .

وقد دل العمل على أن الطريقة الأولى أجدى فى إنجاز المشروع فى وقت معقول وفى تحقيق التناسق بين مختلف أجزائه .

هذا اذا كان المشروع المطلوب اعداده مشروع تقنين لبلد واحد ، كما حدث فى مصر والعراق ولبنان ، حيث يمكن أن يسند مثل هذا العمل الى خبير أو خبيرين من رجال القانون فى هذا البلد أو المتخصصين فى قوانينه .

أما ونحن بصدد اعداد مشروع تقنين موحد لمختلف البلاد العربية ، فإن الأمر يقتضى بالضرورة اسهام خبراء فى قوانين كل من هذه البلاد . وهذا هو ما اتجه اليه مجلس جامعة الدول العربية بتشكيل لجنة خبراء لوضع مشروع التقنين العربى الموحد تضم عضوا واحدا عن كل من الدول العربية الأعضاء فى الجامعة .

٢٤ — ونزولا على حكم هذه الضرورة التى تفرضها طبيعة التقنين الموحد ، ورغبة فى الاغادة من مزايا الطريقة الأولى سالفة الذكر. التى أثبتتها التجارب السابقة ، نرى أنه يمكن التوفيق بين الطريقتين بأن تعهد لجنة الخبراء التى شكلها مجلس الجامعة من أعضاء من جميع الدول العربية الى خبير واحد أو أكثر بحيث لا يتجاوز عددهم الثلاثة اعداد المشروع التمهيدى بمساعدة أعضائها وغيرهم ممن يرى الاستعانة بهم من كل بلد عربى فى مختلف التخصصات (قانون محلى بفقهه وقضائه أو فقه اسلامى بمذاهبه المختلفة أو قانون مقارن بفروعه المختلفة) ، على أن تنظم اجتماعات دورية أو موسمية مشتركة للجنة المذكورة والخبير أو الخبراء المسند اليهم اعداد المشروع التمهيدى ، لعرض ما يكون قد تم انجازه قبل كل اجتماع والتخطيط للمرحلة التالية وتوزيع العمل الذى تشمله الى أن يتم انجاز المشروع كله .

٢٥ — كل ذلك فى مرحلة أولى يليها مرحلة ثانية هى مرحلة عرض المشروع لاستفتاء عام على جميع المشتغلين بالقانون فى البلاد العربية فقها وقضاء وتشريعا ، أفرادا كانوا أم هيئات ، وتجميع ملاحظاتهم وتبويبها وتمحيصها وتنقيح المشروع التمهيدى بما يرى الأخذ به منها .

٢٦ — وفى مرحلة ثالثة يعرض المشروع بعند تنقيحه على لجنة الخبراء المشكلة بقرار مجلس الجامعة بحضور وأضى المشروع فى صورته المنقحة لمناقشته واقراره بعد ادخال ما يرى ادخاله عليه من تعديل .

٢٧ — وفى مرحلة أخيرة يعرض المشروع الذى أقرته لجنة الخبراء سالفة الذكر على مجلس جامعة الدول العربية لاقراره وتوصية الدول الأعضاء باصداره تمهيدا للعمل به ابتداء من تاريخ معين يحسن أن يكون تاريخا واحدا بالنسبة الى جميع الدول العربية التى تعتمده .

٢٨ — ولضمان تحقيق هذه الخطة بنجاح ينبغى :

(أ) أن يختار الخبير أو الخبراء الذين يعهد اليهم باعداد المشروع

التمهيدى من كبار القانونيين العرب الذين لهم خبرة سابقة فى التشريع وإطلاعا واسعا فى القوانين المدنية العربية المختلفة والامام بالفقه الاسلامى والقانون المقارن وأهم التشريعات المدنية الأجنبية المعاصرة ، وأن يتمكنوا من التفرغ لهذا العمل •

(ب) وأن تتاح لهم الاستعانة بعدد كاف من الخبراء أو الباحثين أو المساعدين المتخصصين فى القانون القائم فى كل بلد عربى وفى الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة وفى الاتجاهات التشريعية المعاصرة فى القانون المقارن •

(ج) وأن توفر لهم مكتبة مزودة بامهات الكتب والمراجع التى تلزمهم فى عملهم أو اعتمادات كافية لتوفير هذه الكتب والمراجع من أقرب طريق •

(د) وأن يوضع تحت تصرفهم مكتب يضم سكرتارية فنية للاضطلاع بالأعمال الفنية الثانوية وسكرتارية ادارية للقيام بالأعمال الكتابية من نسخ ومراسلات واتصالات مع أعضاء لجنة الخبراء وسائر الخبراء والباحثين وغيرهم ممن يرى الاستعانة بهم فرادى أو فى الاستفتاء العام المشار اليه آنفا •

(هـ) وأن تعين مدة تقريبية لاعداد المشروع التمهيدى نقدرها بثلاث سنوات ومدة أخرى لاجراء الاستفتاء وتمحيص نتيجته واعداد المشروع النهائى فى ضوءها نقدرها بثلاث سنوات أخرى ، ومدة ثالثة لمناقشة لجنة الخبراء المشكلة بقرار مجلس الجامعة المشروع النهائى واقراره تمهيدا لاعتماده من مجلس الجامعة ، ونقدرها بسنة واحدة ، وجملة ذلك سبع سنوات •

هذا مجرد تصور مبدئى لكيفية تنفيذ المشروع المذكور معروض على لجنة الخبراء الموقرة بمثابة ورقة عمل تبدأ منها مناقشتها لتقرر ما تراه بشأنه • والله ولى التوفيق •

دكتور سليمان مرقس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى

بكلية حقوق جامعة القاهرة

ثانيا - تطبيقات على الأحكام

١ - هل تعتبر محاسبة أحد المدينين المتضامنين عن نصيبه في الدين تنازلا عن التضامن بالنسبة له (*) : الالتزام بالتضامن من شأنه أن يجيز للدائن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين بالدين بأكمله ، على أن يرجع من وفى الدين على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الميسرين (المادتان ١٠٨/١٦٢ و ١١٥/١٧١ مدنى) ، فالتضامن حق للدائن من حيث انه يجيز له مطالبة أى واحد من المدينين بكامل الدين ، وفيه أيضا حق آخر لكل من المدينين يخوله الرجوع على زملائه بما وفاه - زيادة عن نصيبه ومطالبة كل منهم بقدر حصته في الدين الأصلي وحصسته في نصيب المعسرين منهم (والتون ج ٢ ص ٤٢٥) ، فيجوز للدائن أن يستعمل حقه في التضامن أو أن يتنازل عنه ويطالب كلا من المدينين بنصيبه ، وكذلك يجوز له أن يتمسك به قبل بعض المدينين وأن يتنازل عنه بالنسبة للآخرين بغير أن يكون لأولئك حق الاعتراض على التنازل عن تضامن هؤلاء ، لأن تنازل الدائن يتناول حقه وحده دون المساس بحق المدينين بعضهم قبل بعض ، وبيان ذلك أن التنازل عن التضامن بالنسبة لأحد المدينين إما أن يصحبه وفاء ذلك المدين بنصيبه في الدين أو ابراء ذمته منه ، وإما أن لا يقترن بشئ من ذلك ، فتبقى ذمة ذلك المدين مشغولة بنصيبه من الدين . ففي الحالة الأولى قد كفل القانون حق المدينين الآخرين ، إذ أوجب على الدائن أن يخصم لهم قيمة نصيب ذلك المدين في أصل الدين (المادة ١١٤/١٧٠ مدنى) ، وأجاز لهم الرجوع على ذلك المدين بقدر ما يخصه في حصة المعسرين منهم بالرغم من تنازل الدائن عن التضامن بالنسبة اليه (المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى) .

وفي الحالة الثانية يكون من باب أولى للمدينين الآخرين حق الرجوع على زميلهم الذي ألقى من التضامن بقدر نصيبه في أصل الدين وبما يخصه أيضا في حصة المدينين المعسرين ، وهكذا يبقى حق المدينين الآخرين في كلتا الحالتين كاملا وسليما ، فلا يقبل منهم اعتراض على تنازل الدائن عن حقه في التضامن بالنسبة الى واحد منهم •

والأصل أن يكون التنازل عن التضامن صريحا ، غير أن القانون الفرنسي قد نص على حالات يعتبر فيها اسقاط التضامن ثابتا ضمنا بحكم القانون ، كأن يقبل الدائن من أحد المدينين المتضامنين نصيبه في الدين ويعطيه ايضا لا يذكر فيه أنه قبض منه نصيبه *pour sa part* أو يطالب الدائن أحد المدينين قضائيا بقيمة نصيبه في الدين فيقبل المدين هذه المطالبة أو يصدر عليه حكم بها (المادة ١٢١١ مدنى فرنسى) ، أو يستمر الدائن في قبض نصيب أحد المدينين المتضامنين في قسط الدين المؤجل أو غوائده مدة عشر سنوات متوالية (المادة ١٢١٢ مدنى فرنسى) • والشرح في فرنسا على أن هاتين المادتين قد أنشأتا قرائن قانونية على نية اسقاط التضامن *présomptions légales de remise de la solidarité* ولكنها قرائن قابلة لاثبات العكس ، وفوق ذلك فإن ورودها في القانون على سبيل الحصر لا يحول دون امكان استتباط نية التنازل عن التضامن من أية ظروف أو ملابسات أخرى متى سمحت بذلك قرائن الحال *les présomptions de fait* (جوسران ج ٢ ص ٣٨٤ نبذة ٧٩٠ و ٧٩١ ، بلانيول ج ٢ ص ٢٥١ نبذة ٧٧٥) •

ولم ينقل المشرع المصرى نص المادتين ١٢١١ و ١٢١٢ مدنى فرنسى ، ومع ذلك قرر الشراح في مصر جواز حصول التنازل عن التضامن ضمنا (والتون ج ٢ ص ٤٢٣ ، هالتون ج ١ ص ٣٠٨ ، دى هلتس تحت كلمة *cbligations* نبذة ٩٩ وما بعدها) ، وقد حكم بذلك قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية الأهلية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (المحاماة ١٧ — ٣٢٧ — ١٥٦) ، حيث قرر أن للدائن في حالة تضامن المدينين الحق

في مطالبة كل منهم بكامل الدين ، اللهم الا اذا أسقط حقه في التضامن عن أحدهم أو عنهم جميعا صراحة أو ضمنا ، بقبوله من أحد المتعهدين المتضامنين نصيبه في الدين *sa part divide* واعطائه ايصالا يذكر فيه أنه قبض منه نصيبه ، أو اذا استمر على قبض هذا النصيب في قسط الدين المؤجل أو فوائده لمدة خمس عشرة سنة أو باستصداره حكما عليه بهذا النصيب وحده دون باقى الدين •

وبالعكس من ذلك صدر حكم آخر عن قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الأهلية في ٣٠ مارس ١٩٣٦ (المحاماة ١٦ — ٩٦٨ — ٤٤٦) في قضية تتلخص في أن سيدة كان قد حكم لها بصيد وزارتى الأوقاف والداخلية بتعويض قدره ٢٠٠ ج والمصاريف والأتعاب ، فحصلت من وزارة الأوقاف على نصف المبلغ المقضى به وتخالصت معها على ذلك ، ثم حدث أن طعنت وزارة الداخلية في الحكم بالنقض ، فنقض الحكم ، وحاولت المدعية الرجوع على وزارة الأوقاف بباقي المبلغ المقضى به ، فرفضت استنادا الى تخالص السيدة معها والى أن هذا التخالص تنازل منها عن تضامنها مع وزارة الداخلية ، ثم رفض قلم المحضرين قبول الحكم للتنفيذ به على وزارة الأوقاف ، فرفعت السيدة دعوى مستعجلة طلبت فيها الحكم باستمرار تنفيذ الحكم الذى قضى لها بالتعويض ، فحكم لها قاضى الأمور المستعجلة بما طلبت ورفض اعتبار التخالص مع وزارة الأوقاف عن نصيبها اسقاطا للتضامن فيما يتعلق بها •

وقد بنى هذا الحكم الأخير على الأسباب الآتية :

١ — أن التضامن حق لا يثبت أصلا بالاستتباط من قرائن الأحوال ، فلا يجب أن يفهم التنازل عنه بالظن والشبهة بل يجب أن يكون صريحا لا يحتمل التأويل •

٢ — أن القول بسقوط التضامن ضمنا بالتخالص عن نصيب أحد الدينين المتضامنين قد يؤدي الى نتيجة شاذة في علاقة الدينين المتضامنين

بعضهم ببعض اذا تقاضى أحدهم خصه كل من الباقيين فيما دفعه عنهم ثم انتهى الى آخرهم فإذا به مضرا ، فان مؤدى هذا القول أنه يمتنع عليه الرجوع بحصة المدين المعسر .

٣ — انه وان كان كل من المدينين المتضامنين ملزما بالدين بأكمله لا يلتزم في ماله الخاص الا بحصته في مبلغ الدين ، وان كل ما يدفعه زائدا عليها انما يدفعه بصفته وكيلا عن باقي المدينين يرجع عليهم به ، فإذا طالب الدائن أحد المدينين بحصته في الدين وتخالص معه عنها على هذا الوجه فليس في ذلك تنازل عن التضامن ، لأن المدين وان يكن قد دفع حصته في الدين حقا الا أنه يبقى بعد ذلك التزامه بصفته وكيلا عن باقي المدينين .

٤ — ان القول بعكس ذلك يفترق الى منطق سليم ، فلا يفهم لماذا يكلف الدائن بمطالبة أحد المدينين بكل الدين والا اعتبر متنازلا عن التضامن ، والمدين في وفاء ما زاد عن حصته في الدين ليس الا وكيلا مفروضا عليه ألا يرجع عليه الا بعد الأصيل .

ونحن لا يسعنا أن نقر محكمة الأمور المستعجلة على ما ذهبت اليه في هذا الحكم الأخير ، ونرى لزاما علينا أن نناقشه في جميع أسبابه .

١ — فنحن نخالفها أولا فيما ذهبت اليه من عدم جواز سقوط التضامن بغير نص صريح على ذلك ، لأنه اذا كان المشرع قد اشترط لقيام التضامن نصا صريحا فذلك لأن التضامن حالة استثنائية ، فيها خروج عما يؤدي اليه تطبيق القواعد العامة ، فوجب التشديد فيه . أما إسقاط التضامن فغيه تنازل عن ميزة استثنائية وعود الى القاعدة الأصلية فينبغي تشجيعه ، فلا داعي لاشتراط النص عليه صراحة ، ويكفى أن يريده الدائن ، وأن تظهر نيته في ذلك بأي شكل فيعمل بها . وقد ذكرنا أن القانون الفرنسي جعل من بعض تصرفات الدائن قرائن قانونية على نيته في إسقاط التضامن ، وأن الشراح أجازوا استنباط تلك النية من غير

تلك انتصرافات عن طريق قرائن الأحوال ، وأن عدم نص المشرع المصرى على تلك المقرائن القانونية ليس معناه أنه لا يرى عدم جواز حصول التنازل عن التضامن ضمنيا ، ولا يمنع المحاكم من الالتجاء الى قرائن الحال لتعرف نية الدائن من تصرفه والحكم بسقوط التضامن ولو لم ينص الدائن على ذلك صراحة . فاذا رجعنا الى وقائع هذه الدعوى لم نجد أدل منها على نية اسقاط التضامن ، اذ أن وزارة الأوقاف كانت تستطيع أن تطعن بالنقض فى الحكم الاستثنائى كما فعلت وزارة الداخلية ، أو تنتظر على الأقل نتيجة طعن هذه الوزارة الأخيرة فتستفيد منه ، ولكنها لم تفعل وأكثر أن تدفع حصتها فى التعمييض المقضى به وقبلت المدعىة منها ذلك وتخالصت معها عن نصيبها ، فى غير تحفظ فيما يتعلق بالتضامن بالنسبة لباقى الدين ، فكانت هذه المخالصة أشبه شئء بصلح تنازل فيه أحد الطرفين عن الطعن فى الحكم وتنازل الطرف الآخر عن التضامن ، ودلت الظروف فيما بعد على أن المدعىة كانت الرابعة من هذا الصلح ، اذ لولا لاستفادات وزارة الأوقاف من نقض الحكم الحاصل بناء على طلب وزارة الداخلية ، لأن المتضامنين يمثل بعضهم بعضا فى التقاضى ، ويستفيدون جميعا من الاستئناف (نقض فرنسى ٣٠ أغسطس ١٨٥٢ دالوز ١٨٥٢ — ١ — ٢٧٦ ، ١٠ نوفمبر ١٨٩٠ دالوز ١٧٩٢ — ١ — ٨ سبرى ١٨٩١ — ١ — ٢٤١) أو الطعن المرفوع من أحدهم (نقض فرنسى ٤ يونيه ١٨٨٣ دالوز ١٨٨٣ — ١ — ٣٨٥ سبرى ١٨٨٤ — ١ — ١١٣ ، ٢٣ يوليه ١٨٨٩ دالوز ١٨٩١ — ١ — ٣٤٢ ، وأنظر بلاتويل ج ٢ ص ٢٤٦ نبذة ٧٦٠) . فاما أن يعتبر التخالص مع وزارة الأوقاف صلحا وتنازلا من الطرفين فيقيدهما معا ولا يستطيع أحدهما الرجوع على الآخر بشئء ، واما أن لا يعتبر كذلك فلا يحول دون استفادة وزارة الأوقاف من نقض الحكم الحاصل بناء على طعن وزارة الداخلية ، وحينئذ لا يكون هناك دين ولا تضامن وتكون وزارة الأوقاف قد دفعت ما هو غير واجب عليها ويجوز لها الرجوع به على المدعىة ، وعلى ذلك لا يكون هناك تضامن فى كلا الفرضين ، وكان يتعين على المحكمة على الأقل أن تستنبط نية التنازل عن التضامن من هذه الظروف الواضحة الدلالة .

٢- أما اعتراض المحكمة الخاص بما يترتب على التنازل عن التضامن من نتيجة شاذة في علاقة الدينين المتضامنين بعضهم ببعض ، فيلاحظ بشأنه أولاً أنه لا يرد على التنازل الضمنى وحدة بل ينطبق أيضاً على التنازل الصريح الذى سلمت المحكمة في الاعتراض الأول بنجوازه ، وهذا وحده كاف لإبطال هذا الاعتراض ، اذ لا مبرر لاجازة المناس بحق الدينين المتضامنين في رجوع بعضهم على بعض بحصة المعسر منهنم اذا كان التنازل عن التضامن صريحا ، وعدم اجازة ذلك اذا كان التنازل ضمنيا . والواقع أن الحكم في كلتا الحالتين يجب أن يكون واحداً ، ويمكن تصويره في ثلاثة حلول مختلفة ، أبعداها عن العدالة ذلك الحل الذى تصورته المحكمة ، وذلك فوق مخالفته لنص صريح في القانون المصرى (المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى) .

وبيان ذلك أنه اذا تنازل الدائن عن التضامن بالنسبة لأحد الدينين المتضامنين (ولنفرض عددهم هـ) ثم أعسر أحد الدينين الآخرين ، كان لمن وفى الدين الرجوع على كل من الدينين الآخرين بنصيبه في أصل الدين (الخمس) ، وبحصته في نصيب المعسر (الخمس مقسما على الأربعة الموسرين حسب التعمد الأصلى أى ١/٢٠) .

(أ) فالرأى الذى ارتأته المحكمة في مثل هذه الحال أن يمتنع على من وفى الدين الرجوع بحصة من أعفى من التضامن في نصيب المعسر (١/٢٠) . وغنى عن البيان أن في هذا الرأى غيبا على الموفى لعدم مساواته بمزملاته المتضامنين معه ، ثم لو فرضنا امكان المساواة وتوزيع نصيب المعفى من التضامن (١/٢٠) على الثلاثة الموسرين ، فيكون في هذا الحل أيضا أساس بحق هؤلاء الثلاثة ، لأنه يلزمهم بأكثر مما تمهدوا به عند التضامن في الدين ، لا لشيء الا لرغبة الدائن في اعفاء أحد الدينين من التضامن .

(ب) لذلك يبدو أقرب الى العدالة أن يتحمل الدائن نفسه بحصة الدين المعفى من التضامن في نصيب المعسر (١/٢٠) ، لأن اسقاط

التضامن من عمله ، فلا يجوز أن يحمل نتيجته لغيره ، وقد كان هذا رأى
بوتيه (كتاب الالتزامات نبذة ٢٧٥) ، وأخذ به قانون كيبيك في المادة
١١١٩ مدنى .

(ج) ولكننا لا نستطيع التسليم بأن الدائن اذا ما أغنى أحد المدينين
من التضامن يكون قد قصد أن يتحمل هو بحصة ذلك الدين في نصيب
المعسرين ، لأنه في الغالب يكون قد أراد أن يخلص الدين من رابطة
التضامن بغير أن يلحق بنفسه ضررا . ثم اذا حللنا علاقة التضامن كما
بيننا ذلك ورأينا فيها حقا للدائن في مطالبة كل من المدينين بكامل الدين ،
وحقا آخر للمدينين في رجوعهم بعضهم على بعض بنصيب كل منهم في
الدين الأصلي وبحصة كل منهم في نصيب المعسرين : سهل علينا أن نرى
أن اسقاط التضامن من جهة الدائن لا يرد الا على حقه هو ، ولا يمس حق
المدينين في الرجوع بعضهم على بعض ، وبناء على ذلك يجوز في المثال
السابق رجوع الموفى على من أغنى من التضامن بحصته في نصيب من
أعسر (وهى ١/٢٠ من أصل الدين) ، وقد نص المشرع الفرنسى والمشرع
المصرى على ذلك صراحة (المواد ١٨٣/٢٤٦/١٢١٥) ، وجاء نصهما
بأقرب الحلول الى العدالة ، فما كان أغنى المحكمة عن هذا الاعتراض .

٣٠٤ — أما الاعتراضان الثالث والرابع فلا يستقيمان مع طبيعة
التضامن ، والغرض من انشائه . فمن المسلم به أن التضامن يجعل كلا
من المتضامنين في علاقته بالدائن مدينا أصليا بكل الدين (بلانيول ج ٢
ص ٢٣٩ نبذة ٧٤١ ، جوسران ج ٢ ص ٣٧٠ نبذة ٧٦٤) ، والغرض من
ذلك التزامه شخصا بوفاء كل الدين بغير إحالة على شركائه المتضامنين
معه ، وذلك تسهila للدائن وتوفيرا عليه في المطالبة والاعراض . ولو
صحت نظرية المحكمة في اعتبار كل واحد من المتضامنين مدينا أصليا
بمقدار نصيبه فقط ووكيلا عن الآخرين في أداء باقى الدين ، وجب القول
بأن كلا منهم يجوز له أن يقتصر على وفاء نصيبه من الدين وإحالة الدائن
على باقى المدينين . ولا يخفى أن في هذا القول اهدارا لفكرة التضامن

نفسها وتفويها للغرض المقصود منها ، وهو تمكين الدائن من مطالبة أى واحد من المدينين يكامل الدين تخلصا من تعدد المطالبات والاجراءات . نعم ان الدائن ليس مكلفا أن يستعمل هذه الزية التى يخولها له التضامن . بل يجوز له أن يطالب كل واحد من المدينين أو أى واحد منهم بنصيبه فى الدين فقط ، ولكنه يصح أن يفرض فيه التنازل عن التضامن ما لم يحتفظ بحقه فيه ، ويكون مرجع ذلك كله الى القاضى يستنبطه من قرائن الأحوال مادام ليس فى القانون نص عليه . ولكن لا يجوز للقاضى أن يقرر بصفة مبدئية أن التضامن لا يسقط بغير نص صريح .

٢ - دعوى الضمان الفرعية ، أيجوز توجيهها من أحد المحكوم عليهم بالتضامن ضد الآخرين ؟ (*) : من المسلم به أن المحكوم عليهم بالتضامن يجوز الزام أى واحد منهم بوفاء جميع الدين للدائن ، على أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على باقى المحكوم عليهم كل منهم بقدر حصته ، ويثبت له هذا الحق قانونا من وقت قيامه بالوفاء فعلا ، لا بمجرد الحكم عليه بالتضامن . أما قبل ذلك فلا حق له فى رجوع ، ومن باب أولى لا يجوز لأحد المدعى عليهم أن يستعمل قبل الحكم عليه حقه فى الرجوع على باقى المدعى عليهم ، بتوجيه دعوى الضمان الفرعية اليهم ، لأن حقه فى الرجوع لم يوجد بعد ، ولأن دعوى الضمان الفرعية لا توجه الا الى خصم غير داخل فى الدعوى الأصلية ، وقد سبق أن انتقدنا حكما صادرا من محكمة النقض مخالفا لهذه المبادئ الأساسية (راجع تعليقاتنا فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ - ١ - ٣٣٩) .

وقد أصدرت محكمة النقض هذا العام حكما آخر سلك مذهب الحكم السابق ، غرأينا أن نشير اليه مع الاحالة على تعليقاتنا السابقة .

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد نوفمبر ١٩٣٧ ص ١٠٣٥ .

حصل شخص على حكم مشمول بالنفاذ المؤقت بكفالة ، وقام المحضر بتنفيذ الحكم على مسئولية الطالب ، غير أنه لم ينتبه الى عدم ايداع الكفالة ، ثم ألغى الحكم المنفذ به في الاستئناف ، وأراد المنفذ ضده المطالبة بتعويض ، ولما ظهر له أن قلم المحضرين قام بالتنفيذ مع عدم ايداع الكفالة ، رفع دعوى التعويض على طالب التنفيذ وعلى المحضر وعلى وزارة الحقانية متضامنين ، فحكم له عليهم جميعا بالتضامن . غير أن الوزارة كانت قد دفعت بأن مسئولية النفاذ المؤقت تقع على طالبه ، وبأن مسئوليتها هي عن افعال المحضر في طلب الكفالة مسئولية غير مباشرة مفروضة عليها قبل من وقع عليه ضرر التنفيذ لضمان حصوله على التعويض من طالب التنفيذ ، ولا تنفي أن هذا الأخير هو المسئول أولا وآخرأ عما نشأ عن التنفيذ من أضرار تستوجب التعويض ، وبناء على ذلك وجهت اليه دعوى الضمان الفرعية للحكم عليه بما تكون قد دفعته . رغبت محكمة الموضوع قبول دعوى الضمان الفرعية في هذه الظروف ، ولكن محكمة النقض ألغت حكمها فيما يتعلق بذلك ؛ وعدلته بقبول دعوى الضمان الفرعية ، وقالت في تبرير ذلك :

« حيث أن المسئول عن هذا التنفيذ هو طالب التنفيذ نفسه وقد نفذه فعلا تحت مسئوليته وعلى احتمال بقاءه قائما أو الغائه . أما مسئولية المحضر الذي باشر التنفيذ كوكيل عن طالب التنفيذ وبدون التفات الى ما كان يجب عمله من مراعاة الاجراءات التي نصت عليها المادتان ٣٩٩ و ٤٠٠ من قانون المرافعات بشأن كفالة التنفيذ المعجل ، هذه المسئولية لا تتحقق الا اذا ثبت عند التنفيذ بالتعويض على المطعون ضده الثاني المحكوم عليه أيضا والمسئول أصليا عن الضرر أنه لم يكن لديه من المال ما يفي بالسداد كله أو بعضه ، وعندئذ يحق للمحضر وللوزارة التابع هو لها عند قيام أيهما بسداد ما حكم به من التعويض الرجوع

على ه . . . الذي كان سببا في حصول الضرر المحكوم من أجله بالتعويض . »
« وحيث انه يبين مما تقدم أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون في رفضه دعوى الضمان التي وجهتها الطاعنة ضد المطعون ضده الثاني

وطلبت فيها الحكم لها بما تكون قد دفعته عنه ويتعين نقض هذا الحكم في الشق الخاص برفض دعوى الضمان مع تعديله في منطوقه والقضاء بحق رجوعها على المظعون ضده الثاني بما تكون قد سدده عنه » (نقض مدنى ١١ مارس ١٩٣٧ المحاماة ١٧ — ١٠٣٤ — ٥٣٦) .

ونحن لا يسعنا أن نقر محكمة النقض على ما ذهبت اليه في هذا الحكم وفي سابقه ، ونرى من الخطأ توجيه دعوى الضمان الفرعية الى خصم حاضر في الدعوى الأصلية . وكان الأصوب أن تطلب وزارة الحقانية من المحكمة أن تقرر ملزومية طالب التنفيذ بكامل التعويض وعدم ملزوميتها هي بشئ منه في علاقتها به بالرغم من قيام التضامن بينها وبينه ازاء طالب التعويض ، فتحكم المحكمة بذلك ويكون حكمها أساسا لرجوع الوزارة ، اذا نفذ طالب التعويض عليها وحدها دون طالب التنفيذ الملزم أصلا بالتعويض بأكمله .

٣ — اثر الاضراب في فسخ عقد العمل (*) : أجازت المادة ٤٠٤ مدنى لكل من طرفى عقد العمل الميئة مدته فسخ العقد فى أى وقت أراد بشرط أن يكون ذلك فى وقت لائق للفسخ . وكثيرا ما يقع الفسخ عقب اضراب العمال وانقطاعهم عن العمل مدة من الزمن طالت أو قصرت ، فهل يعتبر الفسخ فى هذه الحالة واقعا من جهة العامل أم من جهة رب العمل ، وعلى من منهما تترتب مسئوليته اذا كان وقوعه فى وقت غير لائق ؟

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاضراب فى ذاته ومهما كان الباعث عليه يعتبر فسخا لعقد العمل من جانب العامل لأنه يمنع الاستمرار فى تنفيذ ذلك العقد ، وبأن اثره فى الفسخ لا ينفى قصد العامل الاحتفاظ بحقه فى العودة الى تنفيذ ذلك العقد مستقبلا (نقض لفرنسى مدنى ١٥

(*) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، عدد نوفمبر سنة ١٩٣٧ ص ١٠٤٢ .

مايو ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٣٦٩ سيري ١٩٠٨ - ١ - ٤١٧ ، ٢٨ ،
يونيه ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٤٤٩ سيري ١٩١٢ - ١ - ١٨٥ وتعليق
ليون كان ، عرائض ٢٨ يوليه ١٩٢٤ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص ٥٤٢ ،
مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٨٠ ، وبأنه اذا رفض
رب العمل قبول العامل الذى اشترك فى الاضراب فلا مسئولية عليه فى
ذلك ، ولا يمكن اعتباره فاسخا للعقد فى وقت غير لائق ، لأن الفسخ انما
وقع أصلا باضراب العامل .

غير أن أكثر الشراح الفرنسيين انتقدوا ما ذهب اليه المحاكم ،
ورأوا فى الاضراب مجرد وقف لعقد العمل لا فسخا له ، لأن الفسخ عمل
ارادى يصدر عن الفاسخ بنية الفسخ ، والاضراب ليس كذلك ، إذ أن
العامل بانقطاعه عن العمل لا ينزى فسخ العقد القائم بينه وبين رب
العمل ، بل يقصد تحقيق فكرة جالت بخاطره غيما يتعلق بشروط العمل
وظروفه سواء أكانت تلك الفكرة خطأ أم صوابا ، وبناء على ذلك لا يجوز
لرب العمل اعتبار العقد منفسخا بمجرد الاضراب ، والامتناع عن قبول
العامل بعد اضرابه ، والا كان امتناعه فسخا فجائيا للعقد موجبا لمسئوليته
(بلانيول وريبير ج ٢ نبذة ١٨٩٦ مكررة ، بودرى لاكتيزى وقال ج ٢
نبذة ٢٩٦٣ ، جوسران ج ٢ نبذة ١٢٨٥ ، بيك فى شرح التشريع الصناعى
نبذة ٣١٠ وما بعدها) .

وقد توسطت محكمة الأربكية الجزئية الأهلية بين الرايين ، فلا
هى أخذت بزأى القضاء الفرنسى باعتبار الاضراب فاسخا للعقد ، ولا هى
اكتفت بأن ترتب عليه وقف العقد فقط كما هو رأى الشراح ، بل قالت
انها ترى مبدئيا أن اضراب العامل وانقطاعه عن أداء عمله قد يعتبر من
جانبه فسخا لعقد العمل ، وبهذا لا يكون هناك وجه لمطالبة صاحب العمل
بالتعويض لا عن الفسخ الفجائى ولا عن الفسخ بدون مسوغ مشروع ،
غير أنها ترى أن هذا الفسخ لا يقع الا فى حالة الاضراب الذى يمتد
بحيث يظهر منه بخلاء أن العامل قد اعتبر عقده مفسوخا وأنه قد انصرف
عن العمل نهائيا ، أما الاضراب الذى لا يتعدى مظهر الاعلان عن التذمر

من شروط عقد العمل بحيث تكون لدى العامل نية الرجوع الى العمل في الحال اذا تبين له عزم صاحب العمل على فصله فلا يترتب عليه الفسخ بل مجرد وقف عقد العمل (الألبكية الجزئية ٢٠ فبراير ١٩٣٦ المصاماة ١٧ — ٩١٤ — ٤٥٩) .

غير أن محاولة المحكمة الجمع بين الرأيين المتعارضين لا تكفي لدفع اعتراض الشراح الفرنسيين ، إذ أن اضراب العمال يقصد به عادة الحصول على مطالب معينة ، وقد تختلف مدته طولا وقصرا ، لا بحسب نية العامل المودعة الى العمل أو الانصراف عنه ، بل بحسب الظروف المحيطة به ، ومنها اصرار رب العمل على رفض تلك المطالب ، ومقدار أمل العمال في الوصول الى غايتهم ، وما يلقونه من مؤازرة ومعاوضة في سبيل ذلك . فامتداد الاضراب ليس دليلا على نية العامل الانصراف عن عمله بل بالعكس من ذلك يدل على شدة استمساكه بمطالبه ، وعلى احتفاظه بعمله وبنية العودة اليه من باب أولى بمجرد تحقيق هذه المطالب ، بل أن هذه النية قد تذهب به الى حد الاعتداء على غيره من زملائه الذين يقبلون العمل قبل اجابة مطالبهم ، وعلى العمال المستجدين السذين يرى رب العمل تعيينهم للاستعاضة بهم عن المضربين ، فالحقول بأن الاضراب اذا امتد دل على نية العامل في فسخ عقده مخالف للواقع ، ولا يمكن الأخذ به . فضلا عن ترتيب الآثار القانونية عليه .

والثابت من القضية التي فصلت فيها محكمة الألبكية أن المدعى لم يضرب عن عمله سوى يومين ، ولم يقصد بانقطاعه عنه فسخ العقد ، بل مجرد التذمر من تخفيض أجره ، ولكن المدعى عليه بادر الى فصله من عمله بخطاب أرسله اليه ، بخير أن يعطيه مهلة للبحث فيها عن عمل آخر ، فمأت المحكمة أحقية المدعى في مطالبة المدعى عليه بتعويض مقابل فسخ العقد فسخا فجائيا أي بغير اعطائه مهلة ، وأنكرت عليه حق المطالبة بتعويض على أساس أن المدعى عليه فسخ العقد بدون مسوغ مشروع ، ذلك لأنها اعتبرت أن اضراب المدعى يعد مسوغا لفسخ العقد من ناحية المدعى عليه .

ونحن اذا أخذنا عبارة المحكمة على ظاهرها خيل إلينا أنها هدمت
ببمناها ما بنته باليسرى الا النذر اليسير منه ، فهي بعد أن رفضت أن
ترتب على الاضراب فسخ العقد من جانب العامل ، عادت لماعتبرته
مسوغا مشروعا لفسخ العقد من جانب رب العمل بشرط اعطاء العامل
المهلة المألوفة في أحوال الفسخ . ولا فرق بين الرايين الا من حيث حق
العامل في أجره عن مدة تلك المهلة ، وليس هذا الفرق شيئا مذكورا بالنسبة
إلى حقه في الاستمرار في عمله . فالرأى الذى أخذت به المحكمة لا يختلف
في الواقع كثيرا عن ذاك الذى أنكرته .

وليس معنى هذا أننا نقصد ترجيح كفة العامل بالزام رب العمل
بإبقائه في عمله بالرغم من اضرابه مهما كانت ظروف ذلك الاضراب ، بل
اننا نرى أن الاضراب يصح أن يعتبر مسوغا لفسخ العقد من جانب رب
العمل بشرط أن يكون اضرابا غير مشروع ، كأن يكون العامل غير محق
فيه أو متسفا أو مخطئا في تقدير ظروفه أو متدائلا فيما لا علاقة له
بعمله ، كما لو كان الباعث على الاضراب سياسيا ، أو كأن يفاجئ رب
العمل بالاضراب بغير اخطار سابق ، الخ . غفى جميع هذه الأحوال يعتبر
العامل مقصرا في تنفيذ تعهداته ، ويترتب على تقصيره جواز فسخ العقد
من جانب رب العمل وفقا للقواعد العامة (جوسران ج ٢ نبذة ١٢٨٦) .
واذا اختار رب العمل استعمال حقه في الفسخ وجب عليه مراعاة حكم
المادة ٤٠٤ ؛ واعطاء العامل مهلة للبحث عن عمل آخر ، اذ لا يكفى أن يكون
الفصل بمسوغ ، بل يجب أيضا ألا يقع في وقت غير لائق .

واذا طبقنا ذلك على وقائع القضية التى فصلت فيها محكمة الأريكية ،
تعذر علينا اعتبار اضراب العامل مدة يومين احتجاجا على تخفيض أجره
اضرابا غير مشروع ، يترتب عليه جواز فسخ العقد من ناحية رب العمل .
بغير مسئولية عليه في ذلك لو كان قد راعى اعطاء العامل مهلة قبل
فصله ، اذ أن مثل هذا الاضراب أحق أنواع الاضراب بالمشروعية وبحمائية
القانون له ، فاذا أنكرونا عليه هذه الحماية كان أولى بنا أن نسلم بأن كل
اضراب غير مشروع ، وهو ما لم يقل به أحد قط .

ويجدر بنا أن نذكر أن المحكمة لم تفتها — فيما ذهبت اليه — النتيجة العملية في القضية التي فصلت فيها ، فميزت بين التعويض عن الفصل المفاجيء وبين التعويض عن الفسخ بغير مسوغ ، وحكمت بالأول دون الثاني ، فلو أنها اعتبرت اضراب العامل في هذه الحالة مشروعا ، لأصبح فصله بغير مسوغ ، وتعين عليها مضاعفة مبلغ التعويض تبعاً لذلك .

٤ — تعليق على حكم القاهرة الابتدائية ١٦ يناير ١٩٥٤ بجواز رفع دعوى مبتدأة ببطالان حكم نهائي (*) :

المبادئ القانونية :

١ — أنه وإن كانت المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نصت على طريقة خاصة لإبلاغ الدعوى إلى الخصم ، فإنه متى كان المدعى عليه من رجال الجيش وجب أن يكون إعلانه عن طريق النيابة لتسلمه إلى قائد الوحدة التابع هولها عملاً بالمادة ١٤ فقرة ٧ من المفعات .

٢ — أنه وإن كان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد بسط الاجراءات لمحكمة رآها المشرع وهي انتهاء الخصومات من أقرب طريق ، إلا أن المشرع كان حريصاً على ألا يتصل اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الا بعد التثبت من علم طرفي الخصومة قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل . فإذا كان الثابت أن هذا الإخطار لم يوصل إلى المدعى فلا يمكن أن يحتج عليه بهذا الاجراء افتراضاً ، ولا تكون الدعوى قد اتصلت فعلاً بالمحكمة عن طريق الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(*) منشور في مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة ١٩٥٤ ، العدد ١٦ ص ٣٢٤ وما بعدها من قسم القضاء .

٣- يترتب على عدم اعلان طلب الاخلاء الى الخصم بعد تقديمه الى قلم الكتاب بطلان الحكم الذى صدر بناء على هذا الطلب وجواز الطعن فى هذا الحكم بدعوى بطلان مبتدأة .

الموضوع :

أقام المدعى دعواه طالبا فيها الحكم ببطلان صحيفة الدعوى والحكم الصادر فى القضية رقم ١١٧٤ سنة ١٩٥٢ كلى مصر (دائرة رابعة ايجارات) واعتباره كأن لم يكن . وكان الحكم المذكور قد قضى باخلاء المدعى من الشقة التى يسكنها دون أن تكون صحيفة افتتاح الدعوى قد أعلنت اليه تمكينا له من ابداء دفاعه بالجلسة .

الحكمة :

وحيث انه يبين من الاطلاع على القضية المضمومة رقم ١١٧٤ سنة ١٩٥٢ كلى مصر أن المدعى عليه (المدعى فى الدعوى الحالية) من رجال الجيش ، ولذلك فان اعلانه يكون من طريق النيابة لتسلمه الى قائد الوحدة التابع لها عملا بالمادة ١٤/٧ مرافعات الا أن النيابة ردت الأوراق دون اعلان وذلك لعدم الاستدلال على اسم الضابط المراد اعلانه .

وحيث ان المدعى عليه رفع الدعوى بقوله ان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد نظم الاجراءات التى تتبع فى رفع هذه الدعاوى بالمادة ١٥ منه وهو طلب يقدم الى قلم الكتاب الذى يقوم بإبلاغ طرفي الخصومة تاريخ الجلسة بعد أن يرفعه الى رئيس الدائرة ، وأنه مفهوم من هذا النص أن الطلب الذى يقدم لا يعتبر ورقة من أوراق المحضرين وأنه اذا كانت المحكمة قد كلفت المدعى باعلان المدعى عليه فان هذا يعد تزييدا لا يقدح فى صحة اجراءات الدعوى مادام الاخطار المنصوص عليه فى المادة ١٥ قد تم صحيحا .

وحيث ان المحكمة لا تستطيع مجازاة المدعى عليه في دفاعه للأسباب الآتية :

(أولا) انه وان كان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ — قد بسط الاجراءات لحكمة رآها المشرع وهي انتهاء الخصومات من أقرب طريق الا أن المشرع كان حريصا على ألا يتصل اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الا بعد التثبت من علم طرف الخصومة بمضمون الطلب وتاريخ الجلسة وذلك بابلغ يقوم به قلم الكتاب لطرف الخصومة قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل . فاذا كان الثابت أن هذا الاخطار لم يصل الى المدعى فلا يمكن أن يحتج عليه بهذا الاجراء افتراضا ، ولا تكون الدعوى قد اتصلت فعلا بالمحكمة عن طريق الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(ثانيا) ان المادة ٧ مرافعات تقضى بأن كل اعلان أو تنبيه أو اخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فاذا لم تعلن الورقة الى الخصم بواسطة المحضر وبالطريق القانوني فالحقانون يفترض عدم علم الخصم بما تضمنته ولو ثبت بصورة قاطعة تسرب مضمونها الى علمه بطريقة لا تقبل الشك .

(ثالثا) ان الثابت من الأوراق أن المدعى عليه وقد أيقن أن الأخطار المنصوص عليه في المادة ١٥ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يصل الى المدعى ، فقد تكفل بنفسه ايصال الاعلان اليه بالطرق المعتادة المنصوص عليها في قانون المرافعات الا أنه لم يقبل أو بمعنى أوضح أن الاعلان لم يصح كما هو واضح من كتاب النيابة اذ أن الاعلان قد وقف عند استلام النيابة له ولم يسلم الى قائد الوحدة التابع لها المدعى باعتباره من رجال الجيش لعدم الاستدلال عليه ومن ثم فلا يعتبر هذا الاعلان صحيحا ولا يضر به المدعى .

(رابعا) انه لا يجدى المدعى عليه تقدم المدعى بشكوى ادارية شرح فيها المدعى انتفاء حالة الضرورة وذلك لأن المادة ٢٦ مراغعات تنص على أنه يزول البطلان اذا نزل عنه من شرع لمصلحته أو اذا رد على الاجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحا أو قام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام اذ أنه ليس فى تقديم الشكوى المذكورة ما يفيد علم المدعى بالدعوى التى يطلب بطلان الحكم الصادر فيها •

وحيث انه لما تقدم تكون دعوى المدعى صحيحة ويتعين الحكم ببطلان الحكم الصادر فى القضية رقم ١١٧٤ لسنة ١٩٢٥ •

(محكمة القاهرة الابتدائية ، الدائرة الرابعة ايجازات برئاسة القاضى كامل سيدهم وعضوية القاضيين محمود منتصر وعبد المنعم الغرابلى • القضية ١٧٩ سنة ١٩٥٣) •

تطبيق : قرر هذا الحكم ثلاثة مبادئ فى غاية الأهمية : (١) انه فى المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يتعين اذا كان المدعى عليه من رجال الجيش ابلاغه بالطلب الذى ترفع به الدعوى من طريق النيابة ورئاسة الوحدة التابع هو لها وفقا للمادة ١٤ / ٧ مراغعات (*) ، (٢) انه اذا لم يصل اليه هذا الابلاغ المذكور قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل تكون الاجراءات باطلة ويستتبع بطلانها بطلان الحكم ، (٣) انه متى وقع الحكم باطلاً جاز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة •

١ - أما عن المبدأ الأول فنرى أنه محل نظر ، لأن نص المادة ٧

(*) يضاف الى ذلك أن قضاء النقض اقتضى فى ذلك أن يكون الخصم يعلم علما يقينيا يكون خصمه من رجال الجيش (نقض مدنى ١٠ مايو فى الطعن رقم ٣٥٨ سنة ٤٩ ق ، و ١٥ فبراير ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ - ٤٨٤ - ٩٥ ، ١٥ مارس ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض ٢٩ - ٧٥٩ - ١٤٩ ، و ١٦ نوفمبر ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ٦٩٣ - ٢٩١) •

مرافعات الذى يقضى بأن كل اعلان أو تنبيه أو اخبار أو تبليغ أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك قد قرر قاعدة عامة واستثنى منها الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون الاعلان أو الاخبار أو الابلاغ بطريق آخر غير طريق المحضرين ، ولأن حكم المادة ١٤ فقرة ٧ الخاصة بطريقة تسليم رجال الجيش صورة الاعلان الذى يوجه اليهم عن طريق المحضرين لا يسرى فى الأحوال المستثناة انتى يتم فيها الاعلان دون واسطة محضر ، ولأن المادة ١٥ فقرة الثالثة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ قد رسمت طريقا خاصا لاعلان صحف الدعاوى الناشئة عن تطبيق هذا القانون هو أن « يقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفي الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول » . وقد جاءت عبارة هذه المادة فى صيغة واضحة مطلقة ليس فيها ذكر للمحضرين ولا احالة على القواعد الخاصة بالأوراق التى تعلن من طريقهم ولا تقييد لها بأحكام قانون المرافعات ، مما يدل على أن المشرع قصد استثناء الاعلانات الخاصة بهذا النوع من الدعاوى من أحكام قانون المرافعات المتعلقة باعلان أوراق المحضرين ، وبالتالي فإن اعلان رجال الجيش وغيرهم بالدعاوى الناشئة عن تطبيق القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يكفى فيه أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول يرسله اليهم قلم كتاب المحكمة .

ومن الغريب أن يكفى الحكم موضوع هذا التعليق فى ابلاغ الخصم بالطلب الذى ترفع به الدعوى ولو كان هذا الخصم من رجال الجيش أن يصل الى علمه قبل الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل وفقا لحكم المادة ١٥ من قانون ايجار الأماكُن وأن لا يشترط اعلانه قبل الجلسة بثمانية أيام كما يقضى بذلك قانون المرافعات ثم لا يكفى فى هذا الابلاغ بأن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول كما تقتضى به تلك المادة ذاتها وأن يتطلب أن يكون ذلك الابلاغ من طريق المحضرين وأن تسلم صورة الاعلان الى النيابة لتسليمها الى قائد الوحدة التى يتبعها المعلن اليه وفقا لأحكام قانون المرافعات . وفيما عدا ذلك فإننا نقر الحكم

موضوع التعليق على اعتبار ابلاغ الخصم مضمون الطلب الذي ترفع به الدعوى اجراء جوهريا يترتب على عدم حصوله بطلان الحكم ، لأن الدعوى لا تتصل بالحكمة ولا يعتبر الموضوع معروضا عليها فيما يتعلق بالمدعى عليه الا اذا اخطر هذا بمضمون الدعوى وبالجلسة المحدد قلنظرها وكلف الحضور أمام المحكمة لسماع الحكم في موضوعها • وقد نصت المادة ٩٥ مراعات على أنه اذا لم يحضر المدعى عليه الجلسة الأولى حكمت المحكمة في غيبته بعد التحقق من صحة اعلانه • فجعلت شرط جواز الحكم في غيبة المدعى عليه التحقق من صحة اعلانه • فاذا لم يكن المدعى عليه قد أعلن اعلانا صحيحا وجب تأجيل الجلسة لاعادة اعلانه ولم يجز الحكم في غيبته والا وقع الحكم باطلا •

٣ — أما جواز الطعن في هذا الحكم بدعوى بطلان مبتدأة ، فمسألة في غاية الدقة • ذلك أن الأحكام التي تصدر في المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون ايجار الأماكن هي بنص القانون المذكور أحكام نهائية غير قابلة لأي طعن • وقد قرر المشرع ذلك رغبة منه في سرعة حسم هذه المنازعات واستقرار العلاقات بشأنها بين المؤجرين والمستأجرين • غير أن لذلك خطورة تظهر بوجه خاص فيما لو وقع الحكم باطلا لأي سبب من أسباب البطلان كما في الحالة التي صدر فيها الحكم موضوع التعليق أي حالة عدم اعلان الخصم بمضمون الدعوى ومتأريخ الجلسة • فان هذا الحكم يكون باطلا قانونا ومع ذلك فلا يجوز فيه بنص التشريع الاستثنائي أي طعن • أمهكون معنى ذلك أنه يجب تنفيذه بالرغم من التسليم بوقوعه باطلا ؟ أم انه لابد من طريقة لاباطاله ومنع تنفيذه احتراماً للقانون الذي خولف والذي استوجبت مخالفته بطلان الحكم ؟ واذا كانت الطرق المقررة للطعن في الأحكام عادية كانت تلك الطرق أو غير عادية ممنوعة بنص القانون . أمهمكن الالتجاء في ذلك الى رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم كما ترفع دعوى بطلان أي عقد من العقود ؟

اننا نقدر دقة موقف المحاكم من هذه الأسئلة ونرى فيها تفسير ما ذهب اليه الحكم موضوع هذا التعليق من اجازة الطعن في الحكم الباطل

بدعوى مبتدأة كما يجوز ذلك في العقد البطل ، ولو أنه لا يسعنا اقراره .
ذلك أن الحكم قد نظر الى مصلحة المدعى عليه والى ما تقتضيه العدالة
من عدم تنفيذ حكم صادر ضده مشوب بعيب جوهرى يستتبع بطلانه .
ولكن حماية المصلحة الخاصة وتحقيق العدالة ليس هدف القانون
الوحيد . وإنما يهدف القانون قبل كل شيء الى الموازنة بين المصالح
المتعارضة وتغليب الأهم منها على المهم . ولا شك في أن مصلحة المحكوم
ضده بحكم باطل في عدم تنفيذ هذا الحكم مصلحة جديدة بالرعاية ولكن
أهم منها المصلحة العامة في احترام الأحكام النهائية وعدم جواز المنازعة
في صحتها بعد أن تصير نهائية ، لأن فتح الباب للمنازعة في ذلك بدعوى
مبتدأة يجعل المنازعات لا تنتهى عند حد بل تدور في حلقة مفرغة فكلما
استنفدت طرق الطعن في حكم ترفع عنه دعوى بطلان . مبتدأة وتتبع
في الحكم الذى يصدر فيها سلسلة الطعون المختلفة وتصدر فيها أحكام
عدة . ثم ترفع دعوى بطلان . مبتدأة عن كل هذه الأحكام وهكذا دواليك .
وظاهر أن ذلك ليس في مصلحة للعدالة أو استقرار التعامل وأنه لا يساعد
الا المشاغبين ولا يمكن لأى قانون أن يسيغه لأن المصلحة العامة تقتضى
وضع حد للمنازعات ولو كان من شأن ذلك تضحية المصالح الخاصة لبعض
الأفراد في حالات نادرة كالحالة التى نحن بصدها الآن (أنظر في هذا
المعنى كتابنا في شرح قانون ايجار الأملكن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ص
٢٤٨) .

وقد حاولت محكمة مصر في حكم سابق لها أن تضع المسألة وضعا
قانونيا بحثا بحيث يبدو أنها لا تتأثر فيه بمصلحة المحكوم ضده أو
بشعور العدالة فحسب فقالت في ٢٧ فبراير ١٩٥٣ أنه لا محل مطلقا للقول
بأن دعوى البطلان الأصلية لا ترفع أمام دائرة الإيجارات المشكلة طبقا
للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بحجة أنها قد استنفدت ولايتها بالحكم
نهائيا في موضوع النزاع وهو حكم غير قابل لأى طعن بنص المادة ١٥
من القانون المذكور ، لا محل مطلقا لهذا القول ، لأن صدور الحكم الذى
تستنفد به هذه المحكمة ولايتها يشترط فيه صحة الاجراءات المتبعة فيه

من وجهة نظرهما ، فضلا عن أن موضوع دعوى البطلان يختلف عن موضوع النزاع الأصلي الصادر فيه الحكم المطعون فيه ، وهو ما لم ينص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تحريم نظره ، وعلى ذلك تكون دعوى البطلان الأصلية مقبولة أمام هذه الدوائر (المحاماة ٣٣ — ١٣٠٠ — ٥٦٣) .

وعندى أن هذه المحلولة — بالرغم مما يحدوها من شعور طيب ومما تذرع به من حجج خلافة — ليست موفقة من الناحية القانونية ويسهل دحضها ، ذلك أن القول بعدم جواز الطعن في الأحكام بدعوى بطلان مبتدأة لا يستند الى استنفاد المحكمة ولايتها ولا الى حجية الأحكام والى الدفع بسبق الفصل حتى يمكن دحضه بما أورده هذا الحكم الأخير من حجج ، وإنما هو يستند كما قدمنا الى المصلحة العامة في وضع حد للمنازعات ، وفي اعتبار الحكم النهائي عنوانا نهائيا للحقيقة القضائية (أنظر كتابنا في أصول الاثبات الطبعة الثانية سنة ١٩٤٤ ص ٢٨٠ وما بعدها) .

ولذلك يكاد فقه المرافعات يجمع على أنه لا يجوز الطعن في الأحكام بدعوى بطلان مبتدأة أو بدفع ولو كان الحكم باطلا لميب شكلى فيه متعلق بإصداره أو تحريره أو تشكيل المحكمة التى أصدرته أو البيانات الواجب ذكرها فيه أو كان مبنيا على اجراء باطل لم يسقط الحق في طلب ابطاله (محمد حامد غهمي في المرافعات سنة ١٩٤٠ ص ٤٦٥ نبذة ٦٤٦ ، عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات سنة ١٩٥٠ ص ٥٣٣ نبذة ٣٨٨ ، العشماوي في المرافعات ج ٢ رقم ٧٦٥ — ٧٦٧ والمراجع المشار اليها فيه) .

غير أن بعض الشراح والأحكام يفرقون بين الأحكام الباطلة والأحكام المنعقدة ، ويقولون ان الأخيرة ليست لها صفة الأحكام ولا خصائصها ومن ثم يجوز طلب الحكم ببطلانها كالحكم الذى يصدر من شخص زالت عنه ولاية القضاء أو من هيئة مكونة من قاضيين بدلا من ثلاثة قضاة والحكم الذى لا يوقع عليه رئيس الهيئة التى أصدرته ولا كاتبها والحكم

الذى يصدر على شخص توفي أثناء سير الخصومة (الشرقاوى فى المرجع السابق ، والعشماوى فى نبذة ٧٦٦ هامش ص ٥٤٢) .

وقد قررت محكمة القضاء الادارى فى ٥ ديسمبر ١٩٥١ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ٦ - ١١١ - ٥٠) المبدأ الذى ندافع عنه وأشارت الى التفرقة التى يقول بها هذا الفريق الأخير من الشراح (*) ولو أنها كانت فى غنى عن هذه الاشارة بعد أن قطعت بأن الحكم الذى كان مطلوبا منها تقرير بطلانه لم يكن حكما معدوما وانما كان من الأحكام التى تعتبر باطلا فحسب ، أى أنه على أحسن الفروض لم يكن يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة (أنظر هذا الحكم فى كتابنا شرح قانون اجسار الأماكن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ هامش ص ٢٤٩) وكذلك الحال فى الحكم الذى صدر بشأنه الحكم موضوع هذا التعليق لأن صدور الحكم دون اعلان الخصم ان كان يجعل الحكم باطلا فانه لا يسمح باعتباره معدوما وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان مبتدأة .

٥ - تعليق على حكم مصر الابتدائية (عمال) فى حق رب العمل فى اعادة تنظيم عمله بسبب أزمة اقتصادية وحقه فى فصل العمال لهذا السبب (* *) :

(*) يضاف ايضا ١٨ فبراير ١٩٦١ فى الطعن رقم ٧٧٠ سنة ٥ ق ، و ٢١ نوفمبر ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٥٠٤ سنة ١٤ ق ، و ١٧ يونيو ١٩٧١ فى الطعن رقم ٥٩٣ سنة ٢٤ ق ، و ٧ يونيو ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٥٣٧ سنة ٢٢ ق منشورة فى مجموعة المبادئ القانونية التى اقترتها المحكمة الادارية العليا فى ١٥ عابا (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثانى ارقام ٤١٠ و ٤١٢ و ٤١٣ ، وايضا نقض مبنى ١٦ مايو ١٩٦٧ فى الطعن رقم ٢١٦ سنة ٣٣ ق مجموعة أحكام النقض ١٨ - ١٩٧ - ١٤٩ ، و ٧ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ٣١١ - ٤٩ ، و ١٣ ابريل ١٩٧٧ فى الطعن رقم ١٦ بسنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض ٢٨ - ١٠٦ - ١٨٢ و ١٤ فبراير ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض ٣٠ - ١ - ٥٢٠ - ١٠٠ .

(* *) منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة (١٩٥٣ / ١٩٥٤) ص ٣٩ وما بعدها من قسم القضاء .

(ابتدائي القاهرة في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣) :

(أ) عقد العمل — حق رب العمل في تنظيم عمله — فصل بعض العمال واصابتهم بضرر من ذلك — لا مسئولية الا اذا كان الفصل غير مشروع (المادة ٥ مدنى) •

(ب) حق العامل المفصول دون مبرر — التعويض فقط عن الفصل التعسفى — لا حق له في اعادته الى عمله •

(ج) أزمة اقتصادية — ضرورة ملجئة للاقتصاد في الوظائف — فصل مشروع •

المبادئ القانونية :

١ — ان الأصل في التشريع هو أن رب العمل في سبيل ادارة عمله مطلق الارادة في تشغيل من يشاء وفصل من يشاء ولا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر مادام أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً • وهذا هو المبدأ الذى أورده المشرع بالمادة ٤ من القانون المدنى لا يحد من ذلك الا القيود التى نص عليها المشرع بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر •

٢ — اذا تم الفصل في احدى الحالات المذكورة في المادة ٥ فان حق العامل المضرور يتحصل في تعويض ، له أن يطالب به ، وتقدره المحكمة حسب الأحوال نفاذاً لنص المادة ١٦٣ من القانون المدنى ، ولا يكون للعامل الحق في طلب الغاء فصله واعادته الى عمله الا اذا كان فصله مكوناً للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن نقابات العمال •

٣ — اذا ساءت الحالة الاقتصادية في البلاد وأدت الى ركود بعض الأعمال والى اضطراب أصحاب الأعمال الى إيقافها أو التخفيف منها ، فلا

يعتبر استغناء صاحب العمل عن بعض عماله في هذه الحالة فصلا تعسفيا مادام لم يثبت العامل المفسول بدليل قاطع وجود هذا التعسف .

تطبيق : ١٠ — ان عقد العمل غير معين المدة يجوز لكل من عاقيه انهاؤه بشرط اخطار العاقد الآخر برغبته في ذلك وامهاله مدة معينة يتدبر أمره فيها (المادة ٦٩٤ فقرة ثانية مدنى) ، ويعتبر تخويل العاقدين هذا الحق متعلقا بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه ، لأن ذلك يجعل العقد مؤبدا ، ويتضمن النزول عن حرية العمل ، وهى من الحقوق العامة التى لا يجوز النزول عنها .

وبناء على ذلك يكون لرب العمل فى عقد العمل غير معين المدة حق انتهاء العقد ، أى حق فصل العامل ، بشرطين اثنين فقط : أولهما مستمد من طبيعة عقد العمل ومن النصوص الخاصة بهذا العقد وهو ضرورة اخطار العامل بذلك قبل تاريخ فصله بشهر واحد بالنسبة الى العمال المعينين بأجر شهرى ويسبعة أيام بالنسبة الى العمال الآخرين (المادة ٣٦ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فى شأن عقد العمل الفردى) . والثانى مشترك بين جميع أنواع الحقوق وهو أن لا يكون استعمال الحق غير مشروع (المادة ٥ مدنى) .

فاذا أخطر رب العمل العامل بفصله وأمهله المدة القانونية ، ولم يكن متعسفا فى فصله ، لم يسأل عن الأضرار التى تصيب العامل بسبب انتهاء عقده أو فصله من عمله ، لأن المرء لا يسأل عن الأضرار التى تصيب الغير من استعماله حقا له استعمالا مشروعا (المادة ٤ مدنى) . وغاية الأمر أنه يلتزم بمنح العامل مكافأة عن مدة خدمته تحسب طبقا للقواعد التى وضعتها لذلك المادة ٣٧ من قانون عقد العمل الفردى المذكور .

أما اذا استعمل رب العمل حقه فى فصل العامل دون مراعاة شروط الاخطار فى المدة المعينة فى المادة ٣٦ من ذلك القانون ، ألزم أن يؤدى الى العامل تعويضا مساويا لأجر العامل عن مدة المهلة أو الجزء الباقي

منها (المادة ٣٦ فقرة ثانية من قانون عقد العمل الفردى والمادة ٦٩٥ فقرة أولى مدنى) •

وإذا استعمل رب العمل حق الفصل استعمالا غير مشروع ، أى استعمالا يدخل فى أحد الأنواع التى نصت عليها المادة ٥ مدنى ، كان استعماله اياه استعمالا خاطئا • فإذا ترتب عليه ضرر للعامل • اعتبر فعلا ضارا يستوجب مساءلة رب العمل على أساس المادة ١٦٣ المقررة للمسئولية التقصيرية •

ويثبت للعامل فى هذه الحالة الحق فى التعويض عن الفصل المكون للفعل الضار ، سواء كان رب العمل قد راعى فى هذا الفصل شرط الاخطار فى المدة القانونية أو لم يراعه •

وبناء على ذلك يمكن أن يثبت للعامل فوق حقه فى المكافأة عن مدة خدمته المقررة له بمقتضى المادة ٣٦ من قانون عقد العمل الفردى الحق فى التعويض عن عدم الاخطار والحق فى التعويض عن اساءة استعمال الحق فى الفصل أو أحد هذين الحقين فقط دون الآخر •

وقد نصت على ذلك المادة ٦٩٥ فقرة ثانية مدنى حيث قررت أنه « اذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر ، الى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة الاخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا • ويعتبر الفصل تعسفيا اذا وقع بسبب جواز أوقعت تحت يد رب العمل ، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل تد التزم بها للغير » •

ومن جهة أخرى نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الخاص بعقد العمل الفردى على أنه « اذا فسخ العقد بلا مبرر كان للطرف الذى أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق فى تعويض تقدره المحكمة » • ولكن المشرع لم يعرف الفسخ الذى يعتبر بلا مبرر ولم

تبين المذكرة الايضاحية ذلك . فجاز التساؤل عما اذا كان الفسخ بلا مبرر هو الفسخ التعسفى الذى نصت عليه المادة ٦٩٥ مدنى (أى اساءة استعمال حق الفسخ) أم شيئاً آخر ، وعما اذا كان يقع على العامل المفصول عبء اثبات أن الفسخ حدث دون مبرر كما يقع عليه عبء اثبات التعسف فى استعمال حق الفسخ أم أن هذا العبء يقع على رب العمل بمعنى أنه يكون هو المكلف اثبات مبرر الفسخ .

أما قصد المشرع بالفسخ دون مبرر فيمكن الاستدلال عليه من المادة ٣٠ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ ذاته ومن الأعمال التحضيرية للقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ ومن أحكام القضاء السابقة على ذلك والتي قصد المشرع تقنينها فى التشريعين سالفى الذكر .

فالمادة ٣٠ فقرة ثانية من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه « اذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضى ببراءته وجبت اعادته الى عمله ، والا اعتبرت عدم اعادته فصلاً تعسفياً ينطبق عليه حكم المادة ٣٩ » ، مما يدل على أن المقصود بالفسخ دون مبرر المذكور فى المادة ٣٩ إنما هو فى واقع الأمر الفصل التعسفى الذى نصت المادة ٣٠ على احدى صورته والذى قررت المادة ٦٩٥ فقرة ثانية مدنى جزاءه بوجه عام ثم خصت بالذكر بعض صورته الأخرى (فى هذا المعنى الأستاذ على العريف فى شرح قانون عقد العمل الفردى سنة ١٩٥٣ ص ١٢٣) .

ومما يؤكد ذلك أيضاً أن عبارة الفسخ بلا مبرر الواردة فى المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نقلت حرفياً عن نص المادة ٢٢ فقرة ثالثة من القانون السابق رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ ، ولكن أصل هذه الفقرة الأخيرة فى المشروع الذى كانت الحكومة قد قدمته للبرلمان كان يقضى بأنه « يجوز أن يمنح الطرف الذى أصابه ضرر من اساءة استعمال حق الفسخ تعويضاً تقدره المحكمة ... » فاعترض أصحاب الأعمال على هذا التعبير بمقولة انه يفتح باب التقاضى على مصراعيه ، فعدل المشروع

في البرلمان دون مناقشة الى النص الذي ورد في القانون وهو الفسخ بلا مبرر (أنظر في ذلك راغب بطرس في شرح قانون عقد العمل ص ١٧٠ . وأنظر على العريف في شرح قانون عقد العمل الفردي ص ١٢٤ ، زكي بدوي في شرح تشريع العمل في مصر ص ١١٢ ، هامد زكي في ايجار الأشياء وايجار العمل طبعة ١٩٤٥ ص ١٥٢) .

ومن قبل ذلك كانت المحاكم قد مهدت الطريق للمشرع بالتوسع في تطبيق حكم المادة ٤٠٤/٤٩٢ مدنى قديم التي كانت تنص على « الفصل في وقت غير لائق » ، فجعلت هذه العبارة تشمل فوق حالة الفصل دون اخطار حالة الفصل دور مبرر *renvoi injustifié* وكانت تقصد بالحالة الأخيرة حالة الفصل التعسفى أو اساءة استعمال حق الفصل .

ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة باطراذ من أنه « في أحوال الفصل دون مبرر يكون أساس التعويض اساءة رب العمل استعمال حقه في فصل العامل » (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر ١٩٢٨ البيلتان س ٤١ ص ٤٠ ، ٨ ديسمبر ١٩٣١ الغازيت ٢٢ ص ٣٨٧ رقم ٤١٢ ، ١١ يناير ١٩٣٣ ، أول فبراير ١٩٣٣ ، ٢٩ مارس ١٩٣٣ ، ٣ مايو ١٩٣٣ ، ١٨ أبريل ١٩٣٤ خمسة أحكام في غازيت المحاكم المختلطة ٢٤ ص ٤١٣ رقم ٤٧٦ وما بعدها . وفي هذا المعنى أيضا بحث للأستاذ لوسيان باروا في العدد ذاته من مجلة الغازيت المذكورة ص ٤٠١ وما بعدها) .

وما قضت به محكمة استئناف القاهرة من « أن القضاء جعل الفصل في وقت غير لائق يشمل أيضا الفصل بدون سبب وأن أساس التعويض في هذه الحالة الأخيرة اساءة استعمال الحق من جانب السيد » . (استئناف مصر ٢٨ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة س ١٢ ص ٩٧٧ رقم ٤٨٧ ، ٨ مارس ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٣١١ رقم ١١٩ ، الاسكندرية ٣٠ يناير ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٦٢ رقم ٧٩) .

اذلك نرى أن حكم محكمة القاهرة لشئون العمال محل هذا التعليق قد أصاب كبد الحقيقة إذ قرر أن الأصل أن رب العمل مطلق الحرية في فصل العامل وأنه لا يسأل عما ينشأ عن ذلك من ضرر مادام أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، وأن هذا هو المبدأ الذي أورده المشرع بالمادة ٤ من القانون المدنى لا يجد منه الا القيود التى نص عليها المشرع بالمادة ٥ من القانون سالف الذكر ، وهى المادة التى بينت الأحوال التى يعتبر فيها استعمال الحق استعمالاً غير مشروع • (قارن فى هذا المعنى أيضاً استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٢٨٠ رقم ٥٥٨) •

٣ — ومتى أصبح مسلماً أن رب العمل لا يسأل عن فصل العامل الا اذا استعمل حقه فى ذلك استعمالاً غير مشروع ، وأن المسئولية عن الفصل دون مبرر ليست شيئاً آخر سوى ذلك ، صار من السهل تعيين الأحوال التى يسأل فيها رب العمل عن استعماله حق الفصل وتحديد من يقع عليه عبء الإثبات ويبان ما يترتب على فصل العامل فصلاً غير مشروع من حقوق للأخير •

ولقد فصل الحكم موضوع هذا التعليق فى جميع هذه المسائل بعبارة موجزة صريحة موفقة كل التوفيق ، فقرر أولاً أن رب العمل لا يسأل الا اذا تم الفصل فى احدى الحالات المذكورة فى المادة ٥ مدنى وهى (أ) حالة استعمال حق الفصل لمجرد الاضرار بالعامل المفصول (ب) حالة الفصل لتحقيق مصالح قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب العامل المفصول من ضرر بسبب فصله (ج) حالة الفصل لتحقيق مصالح غير مشروعة •

وقرر الحكم ثانياً أنه اذا تم الفصل فى احدى الحالات المذكورة ، فإنه يخول العامل المفصول الحق فى التعويض طبقاً للمادة ١٦٣ ، ومعنى ذلك أن الفصل فى هذه الحالات يستتبع مسئولية رب العمل مسئولية تقصيرية ، وهو مطابق لما انعقد عليه اجماع الفقه والقضاء من أن المسئولية عن اساءة استعمال الحقوق ، حتى ما كان منها ناشئاً عن عقود ،

تعتبر مسئولية تقصيرية (في هذا المعنى السنهوى في الوسيط من ٨٤٣ نبذة ٥٥٨ ، مازو ج ١ نبذة ٥٥٩ ، نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ من ٢٥٩ رقم ١٤٤) .

ويستتبع اعتبار هذه المسئولية تقصيرية خضوعها للقواعد العامة في الاثبات ، وهى تقضى بأن على مدعى المسئولية وهو العامل المفصول في هذه الحالة أن يثبت : (١) ما أصابه من ضرر ، (٢) وخطأ رب العمل في فصله أى أن رب العمل قد استعمل حقه في فصل العامل استعمالا غير مشروع يندرج تحت إحدى الحالات المذكورة في المادة ٥ ، (٣) وعلاقة السببية بين ما أصابه من ضرر وإساءة استعمال رب العمل حقه في الفصل .

وبذلك يعتبر الحكم محل هذا التعليق أنه قد فصل في خلاف طال أمده في القانون الفرنسى بشأن من يقع عليه عبء اثبات إساءة استعمال حق الفصل ، حتى اقتضى تدخل المشرع الفرنسى غير مرة ، فأخذ هذا الحكم في ذلك بما تقضى به القواعد العامة وما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من إلزام العامل الذى يدعى بمسئولية رب العمل عن فصله بإثبات التعسف في هذا الفصل وعدم إلزام رب العمل بأن يثبت هو ما يبرر فصل العامل (راجع في هذا الشأن بلانيول وريبير الموجز ج ٢ طبعة سنة ١٩٤٩ نبذة ٢٩٨٣ ، كولان وكابيتان ج ٢ الطبعة الثامنة ص ٦٧٥ و ٦٧٦ نبذة ٧٥٠ ونقض فرنسى ١٣ فبراير ١٩٢٨ غازيت القضاء ١٩٢٨ — ١ — ٦٨٣ والأحكام الأخرى المشار إليها في المرجع المذكور) .

وقرر الحكم بثلث أن الفصل دون مبرر أو الفصل التصفى يقتصر أثره على أن يخول العامل المفصول الحق في التعويض فقط وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ولا يخوله الحق في طلب إلغاء فصله وإعادةه الى عمله الا اذا كان فصله حكونا للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من القانون رقم ٣٦٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن نقابات العمال .

وفي هذا أيضا قد وفق الحكم موضوع هذا التعليق بكل التوفيق ، وليس ذلك لأن قواعد المسؤولية التقصيرية تقضى حتما بأن يكون التعويض في جميع الأحوال نقديا وتأبى أن يكون عنيد الامكان عينيا . بازالة الضرر فعلا أو وقفه مستقبلا ، بل لأن طبيعة عقد العمل وما ينشأ عنه من علاقة بين العامل ورب العمل تقتضى أن تقوم هذه العلاقة على استمرار التفاهم والتعاون بين الطرفين ، فلا يجوز ارغام أحدهما على بقاءه مرتبطا بالآخر رغم ارادته ، ففوق أنه في الحياة العملية يتمم تعاون الطرفين مادام أحدهما غير راغب في استمرار العقد (في هذا المعنى على العريف في شرح قانون عقد العمل الفردى سنة ١٩٥٣ ص ١٢٧) .

وقد راعى المشرع نفسه ذلك حتى في تشريعاته الأكثر رعاية لجانب العمال ، فانه عندما نص في المادة ٦٩٥ مدنى على فسخ العقد بتعسف وفي المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ على فسخ العقد بلا مبرر لم يرتب عليهما سوى حق العامل في التعويض ، وعندما نص في القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٣ — الذى أضاف به الى القانون سالف الذكر المادة ٣٩ مكرر — على حق العامل الذى يفصل من العمل بغير مبرر في أن يطلب وقف تنفيذ هذا الفصل بصفة مستعجلة ، نص صراحة على أنه اذا أجاب قاضى الأمور المستعجلة العامل الى طلبه ، تعين عليه أن يحيل القضية الى المحكمة المختصة لتفصل في موضوعها بالتعويض ان كان له محل ، وعلى أنه يجوز للمحكمة أن تقضى باعادة العامل المفضل الى عمله اذا كان فصله مكونا للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من القانون رقم ٣١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن نقابات العمال ، أى ان المشرع نفسه اعتبر الأصل عدم جواز اعادة العامل المفضل الى عمله رغم ارادة رب العمل ، ولم يستثن من ذلك الا حالتين اثنتين : أولاها حالة الحكم بوقف تنفيذ قرار الفصل مؤقتا الى حين البت في موضوع الدعوى بالتعويض أو عدمه . ولا غشاضة من ذلك في هذه الحالة لأن رب العمل يستطيع أن يتفادى الاصطدام بالعامل المفضل بأن يكتفى بأن يدفع له مرتبه مدة نظره

الدعوى الموضوعية دون اعادته الى العمل فعلا ، والثانية هي الحالة التي يكون فيها رب العمل قد تحدى القانون واعتدى على حقوق العامل النقابية ذلك الاعتداء الذي تعتبره المادة ٢٣ المذكورة جُنحة معاقبا عليها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيتها ولا تزيد على مائة جنيه ، فأراد المشرع أن يضيف الى هذه العقوبة الجنائية جزاء آخر هو ارغام رب العمل على اعادة العامل المفضول لشئون نقابية اعادة ليست مؤقتة فحسب بل نهائية . وقد أشار الحكم محل هذا التعليق الى هذه الحالة باعتبارها استثناء من مبدأ عدم أحقية العامل المفضول في طلب الغاء فصله واعادته الى عمله .

٣ - وأخيرا وفي ضوء ما تقدم من مبادئ عرضت المحكمة الى احدى الصور العملية لاستعمال حق الفصل ، وهي صورة سوء الحالة الاقتصادية العامة أو ضرورة ركود بعض أعمال رب العمل مما يضطره الى وقف العمل أو نقصه أو اعادة تنظيمه بشكل يوائم الحالة الاقتصادية ولو اقتضى ذلك الاستغناء عن بعض عماله ، فقرررت أن استغناء رب العمل عن بعض عماله في هذه الظروف لا يعد فصلا تعسفيا مادام لم يثبت العامل المفضول بدليل قاطع وجود هذا التعسف .

والواقع أن المحكمة كانت من الناحية القانونية في غنى عن الإشارة الى الظروف التي اضطرت رب العمل الى الاستغناء عن بعض عماله ، إذ كان يكفيها أن تبني حكمها على عجز العامل المفضول عن تقديم الدليل القاطع على تعسف رب العمل في فصله لأن القاعدة العامة في الإثبات تقضى بأن البينة على من ادعى ، ولأن العامل هو المدعى بالمسؤولية فيجب عليه أن يثبت خطأ رب العمل في اقدمه على فصله أو إساءته استعمال حق الفصل ، والا رخصت دعواه .

وبعبارة أخرى فإن رب العمل لا تتحقق مسؤوليته وفقا للقواعد العامة الا اذا أقام العامل المفضول الدليل القاطع على أن رب العمل قد سلك في فصله سلكا لا يسلكه الرجل المعتاد أو على أنه استعمل حق

الفصل في إحدى الحالات المذكورة في المادة ٥ مدنى • والى أن يقيم العامل هذا الدليل القاطع لا يطالب رب العمل بإثبات أى شئ وإنما يكون له الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها العامل ودحضها أولاً ثانوياً ، حتى يتفادى اقتناع القاضى بها •

فإذا استند رب العمل إلى الظروف الاقتصادية العامة أو إلى ظروف مؤسسته الفاسدة التي اضطرتة إلى استعمال حقه في اختزال أعماله أو في إعادة تنظيمها ولو أدى ذلك إلى الاستغناء عن بعض عماله ، فأنما يكون ذلك منه استعمالاً لحقه في دفع المسؤولية عن نفسه لا قياماً بعبء أثبات يفرضه عليه القانون • وهو يكون في غنى عن استعمال هذا الحق إلى أن يقيم العامل الدليل على الخطأ أو التمسك •

أما دفع المسؤولية استناداً إلى مثل هذه الظروف فيرجع إلى أن هذه الظروف تعتبر بمثابة القوة القاهرة أو الضرورة التي تلجئ الشخص إلى سلوك معين هو سلوك الرجل المعتاد إذا ما وجد في مثل هذه الظروف • ولا نزاع في أن الرجل المعتاد إذا ساءت حاله بعض أعماله فإنه يلجأ إلى إعادة تنظيمها وتوجيهها وجهة أخرى تتفق مع الحالة الاقتصادية ، فيضم أقلها إلى أخرى اقتصاداً في النفقات ، ويستغنى عن بعض الأعمال التي ضارت مزاولتها غير مربحة وينشئ أعمالاً جديدة يرمى لها النجاح في الظروف المستحدثة • وهو في مباشرة ذلك يكون له مطلق الحرية في تنظيم أعماله كما يشاء وفي الاحتفاظ بمن يشاء من العمال لمزاولة نشاطه حسب التنظيم الجديد وفي الاستغناء عن لا عمل لهم بحسب هذا التنظيم ولو اقتضاه الأمر تعيين عماله جدد تتوافر فيهم مؤهلات وكفايات خاصة يقتضيها العمل الجديد ولا تتوافر في العمال المستغنى عنهم •

وهذا يطابق ما جرى به القضاء وذهب إليه الفقه عندنا من قبل • فقد اطرده قضاء محكمة الاستئناف المختلطة على أن « نقص الأعمال يبرر الاستغناء عن بعض المستخدمين ، على أن يمهل المستخدمون المستغنى عنهم المهلة الكافية » (١٥-مارسى ١٩٢٢ البيتلان س ٣٤ ص ٣٣٥ ، ٢٧

يناير ١٩٠٩. البيلتان س ٢١ من ١٣٤-٢٦٠ ديسمبر ١٩٣٤ البيلتان س ٤٧ من ٧٤) . بل أن بعض الأحكام قضت بأن سوء حالة المؤسسة المالية إذا كان معلوما منذ زمن للمستخدمين فيها ، فإنه يعفى صاحب المؤسسة من واجب إخطار العمال قبل فصلهم لأنه يجعل هذا الفصل أمرا متوقعا من آن التي آخر (عابدين الجزئية ١٥ نوفمبر ١٩٤٩ المخامة س ٣١ من ٨٢٤ رقم ٢٥١) . وأخذ بذلك الدكتور حامد زكي في كتابه عن إيجاز القضاء. ويتجاز العمل طبعة سنة ١٩٤٥ حيث قال في ص ١٥٦ : « وإذا رجعنا إلى أحكام القضاء في هذا الشأن وجدنا أنها تعتبر سببا مشروعا لفصل خيانة الخدم وعذم اطاعة رؤسائهم بشكل ظاهر واجراء تخفيض في عدد المستخدمين بسبب أزمة اقتصادية حادة ... » .

ويقول الأستاذ على البريف في كتابه شرح قانون عقد العمل الفردى طبعة سنة ١٩٥٣ ص ١٢٥ ، ١٢٦ : « لأنه فيما يتعلق بحالة توظيف بعض العمال بسبب قلة الأعمال أو بسبب استخدام الآلات ، فالرأى الراجح أمام المحاكم هو حرية صاحب العمل في رغب من يشاء من عماله بدون التقيد بأقدمية أو كفاءة أو خلافة ، لأنه أدري بمصلحته وهو المسئول وحده عن نجاح أو فشل العمل فضلا عن أن حسن التفاهم مسألة شفعية ، فلا تنقيد بكفاءة أو أقدمية » .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن « رب العمل يملك وحده — في إعادة تنظيم أعماله على الوجه الذي يراه — تقدير الظروف التي تقتضيها إلغاء بعض الوظائف التي أصبح العمل في غنى عنها ، وإذا كانت أهمية الخدمات التي أداها العامل المفصول أو طول مدة خدمته يمكن مراعاتهما في تقدير مبلغ التعويض الذي يستحقه العامل في حالة فصله فصلا تعسفيا ، فإنهما لا يكفيان وحدهما لتأسيس الحق في التعويض » (نقض فرنسي مدني ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ص ٥٠ ، ٢٤ فبراير ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ص ١٧٧ سيري ١٩٣٦ — ٢ — ١٧٢ ، وأيضا نقض ١٠ مايو ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ ص ٣٧٨ ، نقض ٢٨

ديسمبر ١٩٣٢ حكمان في غازيت القضاء ١٩٣٣ - ١ - ٤٠١ وأنظر في تأييد هذا القضاء مازو ج ١ نبذة ٥٨٤ والمراجع العديدة التي أشار إليها) .

على أنه يرد على هذا المبدأ بلا شك تحفظ مفهوم ضمنا ، ذلك أن يكون فصل العامل راجعا الى استعفاء العمل بحسب التنظيم الجديد عن خدمات مثله . أما إذا ثبت أن رب العمل انتهر فرصة ذلك التنظيم ليستبدل بأحد عماله عاملا آخر مماثلا له في صلاحيته للعمل الجديد وقدرته عليه دون أن يوجد أى وجه لمؤاخذة العامل المفصول مؤاخذة تستوجب الفصل ، كان رب العمل في ذلك مخطئا وحقت عليه المسؤولية (**) .

٦ - تعليق على حكم ابتدائي مصر اجارات في حق المالك في طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل أوسع (**) :

٢ أبريل ١٩٥٣ . في القضية ٤٦٠٥ سنة ١٩٥٢ على مصر :

تطبيق : يتناول هذا الحكم مسألتين متعلقتين بطلب اخلاء المكان المؤجر بسبب الرغبة في هدمه واعادة بنائه بشكل أوسع عملا بالمادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ . وهاتان المسألتان هما : (١) مدى تقيد المالك أو عدم تقيدده في هذا الطلب بمدة الاجارة المتفق عليها في العقد ، (٢) وبينان المقصود باعادة البناء بشكل أوسع .

(**) وقد تم ادخال عدة تصديلات على قوانين العمال المشار اليها واحداثها المعمول به الان هو القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٣ تباع في ١٣ أغسطس ١٩٨١ والمعدل بالقاتون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٢ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٤١ في ٢٧ مايو ١٩٨٢ .
(**) منشور في مجلة التشريع والقضاء السنية السادسة (١٩٥٣ / ١٩٥٤) من ٩٤ من قسم القضاء .

نفهنا يتعلق بهذه المسألة الأخيرة . استقر قضاء المحاكم على أن شرط إعادة البناء بشكل أوسع يعتبر متوافرا متى كان البناء الجديد يشتمل على عدد أوفر في المحلات أو المساكن من المبنى المطلوب هدمه (مصر الابتدائية ١٢ أكتوبر ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ — ٧٨٩ — ٤٢٨ ، الاسكندرية الابتدائية ١١ ديسمبر ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ — ٥٠٥ — ١٥٤) .

وذهبت بعض المحاكم الى أن استعمال الحق في طلب الاخلاء لهذا السبب مشروط بأن يكون البناء الجديد على مساحة أوسع أو بارتفاع أكبر من البناء المطلوب اخلاؤه (مصر الابتدائية ٢٦ سبتمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ — ١٠٧٧ — ٤٤٥ ، الاسكندرية الابتدائية ٢٣ يوليه ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ — ٣٩٥ — ١٢٥) . فجاء الحكم موضوع هذا التعليق معززا القضاء السابق اذ قرر أن التوسعة المطلوبة تتوافر بزيادة الارتفاع وزيادة عدد المساكن والمحلات وأنه لا محل لاشتراط زيادة في مساحة المبنى الجديد لأن هذا الشرط لا يستند الى نص من نصوص القانون .

أما نفهنا يتعلق بالمسألة الأولى ، فإن الحكم موضوع التعليق قد خالف ما جرى عليه قضاء المحاكم قبل ذلك حيث كانت المحاكم تنقض بأن على المالك الذي يرغب في هدم البناء واعادته بشكل أوسع أن ينتظر لذلك حتى تنتهي مدة العقد الاتفاقية أو المجددة حتى لا يخرم المستأجر من ميزة عقده الذي عول عليه (أنظر بوجه خاص مصر الابتدائية ٣ نوفمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ — ١٠٨٢ — ٤٥١ ، ١٩ فبراير ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ — ٥٠٨ — ٢٩٨) .

فجاء الحكم الجديد قاضيا بأن المالك لا يتقيد في ذلك بانتهاء مدة العقد بل يجوز له في أى وقت طلب الاخلاء لاعادة البناء بشكل أوسع والخصول على حكم باخلاء العين فعلا من المستأجر قبل أن تنتهي مدة عقد الأخير .

وقد استند هذا الحكم فيما ذهب اليه الى جميع لا تراها مقننة البتة . فهو يقول (أولا) أن المشرع لذن نص في المادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على اعتبار للرغبة في الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع من المسوغات التي تجيز طلب الاخلاء استثناء من الحكم الذي أورده في صدر تلك المادة لم يفرق بين هذا المسوغ والمسوغات الأربعة الأخرى التي نصت عليها المادة المذكورة ولم يعلق في جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة الحكم بالاخلاء على انتهاء مدة عقد الايجار وأنه لم يفعل ذلك عن سهو بل عن عمد لأن بعض هذه الأسباب يرجع الى مناقشات تعاقدية من جانب المستأجر يترتب عليها غشخ المقعد وبعضها يرجع الى طبيعة المكان وحالته التي تستدعي تدخلا بسيما لحماية الساكنين ، والأخيرة منها (وهي الرغبة في الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع) قصد بها المصلحة العامة والاسراع في اقامة مباني جديدة تحقق التوسعة التي تفرج أزمة المساكن .

وهذا القول مردود بأن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وما سبقه من تشريعات استثنائية كان هدفها جميعا حماية المستأجرين ضد عسف المؤجرين ، ولذلك كان للحكم الرئيسي الذي جاءت به هذه التشريعات هو تقرير امتداد عقود الاجارة السارية وسلب المؤجر حق انتهاء تلك العقود أو حق طلب اخلاء الأملكن المؤجرة عند انتهاء مدتها ، ثم استدرك المشرع على ذلك واستثنى من مبدأ امتداد الاجارة امتدادا قانونيا الى حين صدور تشريع آخر يضح هذا لهذا الامتداد بعض حالات رأى فيها ما يسوغ للمؤجر أو للمالك استعمال حقه الأصلي في طلب انتهاء المقعد واخلاء العين المؤجرة ، وكانت هذه الحالات المستثناة أول الأمر مقصورة على حالة التأخر في سداد الأجرة وحالة اساءة استعمال العين المؤجرة وحالة الضرورة الملجئة ، ثم أضاف القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٤٦ الى النص الذي كان يتضمن الحالتين الأوليين حالة التأجير من الباطن دون إذن من المالك ، وأضاف القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ اليه حالتين جديدتين أولاهما حالة العين المؤجرة التي أصبحت آيلة للسقوط وثانيتها حالة

رغبة المالك في هدم المكان المؤجر وإعادة بنائه بشكل أوسع * ومن الواضح أن المشرع لذ أضاف هذه الأسباب الأخيرة الى المادة التي كانت تنص على السببين الأولين انما قصد الحاقها بهما في اعتبارهما منوعات للاضطلاع استثناء من حكم الامتداد القانوني ولم يقصد التسوية بينهما جميعا في أحكامها التفضيلية ، أى أنه قصد بذلك أن يرتب على هذه المنوعات رفع الحماية الخاصة التي أسبغها التشريع الاستثنائي على المستأجرين ولم يقصد أن يرتب عليها رفع الحصانة التي يتمتع بها المستأجرون بحكم القواعد العامة الا بالقدر الذي تقره هذه القواعد ذاتها * وظاهر أن القواعد العامة تجيز هسخ الأيجار قبل انتهاء مدته لأى سبب من الأسباب الأربعة الأولى التي نصت عليها المادة الأولى وهى التأخر فى سداد الأجرة وإساءة استعمال العين المؤجرة والتأجير من الباطن دون إذن كتابى من المالك وسوء حالة العين المؤجرة متى أصبحت آيلة للسقوط ، ولكنها لا تجيزه فى الحالة الخامسة وهى حالة الرغبة فى الهدم لاعادة البناء بشكل أوسع * فإذا كان يجوز القول بأن المالك لا يتقيد بمدة العقد فى أربع الحالات الأولى لأن القواعد العامة نفسها تسمح له بذلك ، فان هذا القول لا يصح فى الحالة الخامسة لأن القواعد العامة لا تسمح به (راجع كتابنا فى شرح قانون ايجار الأماكن سنة ١٩٥١ نبذة ٢٣) .

أما القول بأن المشرع قصد التسوية بين حالة الهدم لاعادة البناء والحالات الأخرى المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون تغليباً للمصلحة العامة فى تفريغ أزمة المساكن على مصلحة الفرد الخاصة ، فانه يتعارض مع الروح العامة التى أملت التشريع الاستثنائي * فقد قدمنا أن الهدف الذى رعى اليه المشرع بهذا القانون هو حماية المستأجر من عسف المؤجر بتقييد حقوق الأخير وسلطاته وغرض بعض التخصيات عليه رعاية لمصالح المستأجر بل رعاية للمصلحة العامة فى عدم تشريد جمهور المستأجرين ، فلا يتفق مع هذه الروح القول بأن المشرع أجاز فى هذه الحالة سلب حقوق المستأجر التى يخولها إياه القانون العام قبل التشريع الاستثنائي وتخويل المؤجر هزية خطيرة لا حق له فيها بمقتضى

القواعد العامة • هذا فضلا عن أن المشرع لو أراد هذا الخروج على القواعد العامة لتعين أن ينص عليه صراحة • وهو لم يفعل ذلك فضلا
يصح أن تنسب إليه هذه الإرادة •

أما الحجة الأخيرة التي استند إليها الحكم موضوع التعليق فهي أن المشرع لو أراد احترام مدة العقد في حالة طلب الإخلاء للهدم وإعادة البناء لنص على ذلك صراحة كما نص عليه في المادة الثالثة بشأن الإخلاء للضرورة الملجئة ، وإن عذم نصه على ذلك ليس معناه ترك الأمر للقواعد العامة لأنه لو اعتبر مجرد عدم النص بمثابة لحالة على القواعد العامة لاستغنى في المادة الثالثة عن النص على عدم جواز طلب الإخلاء بسبب الضرورة قبل انتهاء مدة العقد •

وهذه الحجة يشقيها مردودة بما سبق أن بيناه من أن قصد عدم تقييد المالك بمدة العقد هو الذي كان يحتاج إلى نص لا العكس ، وبأن النص في المادة الثالثة على احترام مدة العقود في حالة الاستناد إلى الضرورة الملجئة لم يقصد به إيجاب احترام هذه المدة الواجب احترامها بحكم القانون العام بل أريد به الزيادة في ذلك بامهال المستأجر ستة أشهر إذا كانت المدة الباقية من العقد أقل من ذلك ، ولولا هذا القصد الأخير لما احتاج الأمر إلى النص في المادة الثالثة على احترام مدة العقد •

لذلك نرى أن الأحكام السابقة كانت على حق في تقييد المالك في استعمال حق الإخلاء للهدم وإعادة البناء بوجوب انتظار نهاية المدة المتفق عليها في العقد أو المدة المحددة ، وأن الحكم موضوع هذا التعليق قد جانب الصواب فيما ذهب إليه خلافا لذلك •

على أن القول بأن الإخلاء للهدم وإعادة البناء لا يجوز قبل انتهاء مدة العقد لا يعني أن دعوى الإخلاء المبنية على هذا السبب يجوز دفعها بعدم القبول لجرد كونها قد رفعت قبل انتهاء مدة العقد ، وإنما المقصود أنها تكون مقبولة ويجوز نظرها في أثناء هذه المدة على أن يعين الحكم

موعدا للإخلاء يقع بعد انتهاء مدة العقد (في هذا المعنى مصر الابتدائية
الدائرة الثالثة عشرة ، بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٥٣ في القضية رقم ٣٨٥٥
لسنة ١٩٥٢ غير منشور) (*) .

(*) يلاحظ أن القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ قد استحدث نصا خاصا في هذا
الموضوع حسم به هذا الخلاف حيث نصت المادة ٤٩ منه على شروط استعمال
المالك هذه الرخصة وجعلت من بينها : . . . (٥) أن يحدد المالك موعدا يتم
فيه الإخلاء على ألا يكون هذا الموعد قبل انقضاء أطول مدة إيجار متفق عليها
في وحدة من وحدات المبنى وبشرط ألا يقل عن ستة أشهر من تاريخ التنبيه
بالإخلاء (يراجع في ذلك كتبنا في شرح قانون إيجار الامكن الطبعة الثامنة
ج ٢ سنة ١٩٨٢ ص ٦٧٤) .

وللمؤلف أيضا

بحوث أخرى لم تدرج في هذه المجموعة هي :

١ — القانون المضرى الجديد للالتفات في المواد المعنية ومقارنته بقوانين البلاد الغربية (مجلة معهد البحوث والدراسات العربية السنة الأولى سنة ١٩٦٦) .

٢ — التشريع المصرى الجديد لتنظيم ايجار الامكن (القانون رقم ٥٢ / ١٩٦٩) . مجلة معهد البحوث والدراسات العربية المجلد الثانى سنة ١٩٧٠ .

٣ — التعديلات المستحدثة في قوانين ايجار الامكن بالقانون رقم ١٣٦ / ١٩٨١ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٨٣ ، العدد الخاص بالعيد الثانى لكلية الحقوق جامعة القاهرة من ص ٩٧ الى ص ١٦٢) .

٤ — نظرية الصالح المخطط ونظرية الفرع والتبعية امام محكمة النقض المصرية (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة عدد نوفمبر ١٩٣٦ باللغة الفرنسية) :

La théorie de l'intérêt mixte et celle de l'accessoire devant la cour de cassation égyptienne (Al Qanoun Wal Iqtisad, 6e année II/1936.

٥ — التزام النفقات في القانون المخطط (مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد فبراير ١٩٣٧ ، عدد فبراير ١٩٣٧ باللغة الفرنسية) :
De l'obligation alimentaire en droit mixte.
(Al Qanoun Wal Iqtisad 7e année 2/1937.

٦ — المسئولية عن الاشياء في القانون المصرى ، تقرير مقدم المؤتمر الدولى الثانى للقانون المقارن بلاهاى (مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عدد مايو ١٩٣٧) :

La responsabilité du fait des choses en Droit égyptien. Rapport présenté 2e congrès international de Droit comparé tenu à La Haye en 1937.

(Al Qanoun Wal Iqtisad 7 année 1937 pp. 313-327.

٧ - مقال في ضرورة اخضاع المحكمة المختلطة لرقابة محكمة النقض المصرية (مجلة معر القضاء ، السنة السادسة سنة ١٩٣٨ العدد ١٥٣) .

De la nécessité de Soumettre les Tribunaux Mixtes au control de la cour de cassation égyptienne , (L'Egypte Judiciaire, 6e année 1937 no 153.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
تقديم	٥

القسم الأول

بحوث وتعليقات على الأحكام

في المسؤولية المدنية

الفرع الأول : في المسؤولية المدنية المبنية على خطأ ثابت

(١) البحوث

١	في ضبط معيار الخطأ أساس المسؤولية المدنية
٢	تعريف الخطأ ومنصراه
٦	التوسع في المسؤولية من طريق الحد من العنصر النفسى للخطأ
٩	التوسع في العنصر المادى للخطأ
١٠	أولا : التوسع من طريق اقرار واجبات قانونية بغير نصوص
١٠	(أ) محاولة بالنيول
١٢	(ب) محاولات ريبير وبيلافاتيه
١٥	(ج) فكرة وجود واجب قانونى عام بعدم الاضرار بالغير أو باتخاذ الخبطة اللازمة لعدم الاضرار بالغير
١٩	(د) فكرة السلوك المعتاد والمعيار الموضوعى
٢٣	(هـ) فكرة الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الآخرين
	ثانيا : تعيين مدى الواجبات القانونية والحاجة في ذلك الى معيار
٢٠	وضبط هذا المعيار

الصفحة

الموضوع

- ٣١ معيار مسلك الرجل المعتاد في بطل الظروف الخارجة .
نقد التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية والاستعاضة
عنها بالتفرقة بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة
موقف القضاء المصرى من ذلك والاستعانة بالمعاداة الجارية
بعد تنقيتها من ثوائبها ٤٤
(٢) عدم جواز الخيرة بين المسئولين العقابية والتقصيرية ٥٠
وضع المسألة :

(أولاً) في القانون الفرنسي :

- (أ) فيما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى . . . ٥٣
(ب) فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة ٦٢

(ثانية) في القانون المصرى :

- (أ) في ظل القانونين الملغى من سنة ١٨٧٥ الى سنة ١٩٢٩ . . . ٦٨
(ب) في ظل القانونين المعنى القائم ٦٨
(١) فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى . . . ٧٦
(٢) فيما يتعلق بالمسئوليات المفترضة ٨٢

(ب) تعليقات على الأحكام

(أولاً) في المسئولية الجنية على خطأ ثابت

- (١) في تكيف الفعل الضار واختصاص المحاكم الجنائية بالدموى المدنية واثار حكم البراءة في دعوى التعويض ١٠٦
(أ) استقلال الخطأ المعنى عن الخطأ الجنائى وجواز الحكم بالتعويض مع البراءة سواء على أساس خطأ مجنى ثابت أو على أساس خطأ مفترض أو على أساس المسئولية العقابية ١٠٦
(ب) تعيين السبب في دعوى المسئولية المدنية ١٢٤
(ج) ترجيح نظرية وحدة السبب في المسئولية المدنية وما يترتب

الصفحة

الموضوع

١٣٦	عليها من نتائج (وأنظر تعليقا آخر في الموضوع ذاته ص ١٦٢ و ص ١٦٥)
١٤٦	(د) اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية (وأنظر تعليقا آخر في الموضوع ذاته ص ١٥٧)
١٦٨	٢ — وتعليقا آخر بشأن اختصاص المحكمة الجنائية بدعوى التعويض من الإخلال بالعقد
١٧١	٣ — تعليق على حكم بشأن الترتيب الواجب اتباعه في شأن اثبات كل من ركبي الخطأ والضرر
١٧٣	٤ — تعليق على حكم بشأن عدم مسئولية الموكل عن تجاوز الوكيل حدود الوكالة
١٧٧	٥ — تعليق على حكم بشأن مسئولية مصلحة السكك الحديدية عن حوادث المجازات السطحية (المزلقات)
١٨١	٦ — تعليق على حكم آخر في شأن الموضوع ذاته
١٨٣	٧ — تعليق على حكم بشأن المسئولية عن طلب تأجيل الدعوى مرات متعددة
١٨٥	٨ — تعليق على حكم بشأن مسئولية المدول عن الخطبة
١٩٣	٩ — تعليق على حكم بشأن الاتفاق على دفع تعويض في حالة الطلاق
٢٠٠	١٠ — تعليق على حكم بشأن إساءة استعمال حق الطلاق
٢٠٢	١١ — تعليق على حكم بشأن المسئولية من الإجراءات الكيدية وعن التواطؤ بشأنها
٢٠٤	١٢ — تعليق على حكم في خطأ المصاب وآثره في التعويض الذي يطلبه والده بصفته الشخصية
٢٠٦	١٣ — تعليق على حكم بشأن أثر رضا المصاب في دفع المسئولية المدنية
٢٠٧	١٤ — تعليق على حكم بشأن مسئولية المهندس والمقاول وأساس التضامن بينهما
٢١٠	١٥ — تعليق على حكم في شأن تقدير التعويض وواجب الضرر في وقف الضرر
٢١٦	١٦ — تعليق على حكم بشأن الجمع بين التعويض والمكافأة الاستثنائية التي يمنحها الموظف الذي يصاب بسبب تأدية أعمال وظيفته
٢١٨	١٧ — تعليق بشأن حكم آخر في الموضوع ذاته
٢٢٤	١٨ — تعليق على حكم بشأن انتقال الحق في التعويض الى ورثة المنجى عليه

الصفحة

الموضوع

- (أ) الضرر المادى الذى يصيب المال مباشرة ٢٢٩
- (ب) الضرر المادى الذى يصيب المال من طريق اصابة
الجسم ٢٢٩
- (ج) الضرر الادبى ٢٣٠
- (د) الضرر الذى يصيب الانسان فى حياته أو ضرر الموت ٢٢٣
- ١٩— تعليق على حكم آخر بشأن تعويض الضرر الادبى ٢٢٩
- ٢٠— تعليق على حكم فى مسئولية الناقل الجوى للركاب ٢١٨
- (أ) طبيعة مسئولية أمين نقل الركاب ٢٥١
- (ب) قيمة الشروط المطبوعة على تذاكر السفر بتحديد مسئولية
أمين النقل ببلغ معين ٢٦١
- (ج) انتقال حق المصاب فى التعويض الى ورثته ٢٦٤
- (هـ) ضرر الموت : طبيعته وانتقال الحق فى التعويض عنه
الى الورثة ٢٧٤
- ٢١— تعليق على حكم نقض فى شأن امكان اجتماع المسئولين
العقدية قبل الدائن والمسئولية التقصيرية قبل الغير ٢٨٧
- (أ) مسئولية أمين النقل التقصيرية قبل والد الركاب المصاب
(ب) مسئولية العقدية قبل ورثة الركاب عن الضرر الذى
اصابه شخصيا (ضرر الموت) ٢٩١
- ٢٢— تعليق على حكم استئناف الاسكندرية بشأن مسئولية الناقل
الجوى ٢٩٥
- (١) تعيين الخطأ العقدى وقيام المسئولية العقدية وطريقة
دفعها ٣٠٣
- (ب) الخيرة بين المسئولين العقدية والتقصيرية أو عديها ٣٠٦
- (ج) سلطة المحكمة فى تكليف المسئولية ٣٠٧
- ٢٣— تعليق على حكم فى مسئولية الطبيب ومسئولية ادارة المستشفى ٢١٠

الصفحة

الموضوع

- (١) مسؤولية الطبيب : نوعها ومداها ٣١٠
(ب) سلطة محكمة الموضوع في استخلاص المسؤولية من
الوقت ٣٢٥
(ج) مسؤولية ادارة المستشفى عن خطأ الطبيب باعتبار هذا
الاخير تابعا للمستشفى (نوع التبعية) ٣٢٨
٢١ — تعليق على حكم بشأن مسؤولية الطبيب الاخصائى ٣٣٦

(ثانيا) في المسؤوليات المفترضة

١ — مسؤولية الراعى المفترضة :

- (١) مسؤولية الاب عن افعال ولده الضارة ٣٤٠
(ب) مسؤولية الاب عن افعال ولده ومقدار ارتباطها بسن
الولد ٣٥٣
(ج) متى تنتهى مسؤولية الاب المفترضة عن افعال ولده . . . ٣٦٢
(د) مسؤولية الاب عن افعال ولده ومتى تنتهى ؟ ٣٧٩

٢ — مسؤولية المربي ومسؤولية المدرسة :

- (١) مسؤولية المربي عن افعال تلاميذه واثر ظرف المفاجأة
في تعدى تلميذ على زميل له ٣٨٢
(ب) مسؤولية المعلم المفترضة وجواز دفعها بالثبوت وقوع
الحادث مفاجأة ٣٨٤
(ج) مسؤولية المدرسة عن ضمان سلامة التلاميذ في رحلة
نظمها مسؤولية تعاقدية ٣٨٧

٣ — مسؤولية السيد عن فعل تابعه :

- (١) تعيين مدى مسؤولية السيد عن فعل تابعه ٣٩٠
(ب) مسؤولية السيد عن الخطأ في تأدية الوظيفة بالذات ٣٩٢
(ج) مسؤولية السيد عن خطأ تابعه يتجاوز حدود وظيفته ٣٩٨

الصفحة

الموضوع

٤١٧ (د) التحفظات التي ترد على هذه الاخرى

(١) تعامل المصاب مع التابع وهو عالم يتجاوز الاخير حدود

٤١٧ وظيفته

٤١٨ (٢) ارتكاب التابع الفعل الضار بدافع شخصي

تعليق آخر على حكم بشأن شرط وقوع فعل التابع

٤٢٤ حال تادية وظيفته

٤٢٤ تعليقات أخرى في مسئولية السيد

(١) في مسئولية السيد عن فعل تابعه هل يشترط تعيين

شخص التابع الذي ارتكب الفعل الضار ومخاصسته في

٤٢٣ الدعوى

٤٤٧ (ب) مسئولية المتبوع بوجه عام

٤٥٦ (ج) مسئولية المتبوع العرضي

٤٦١ (د) مدى مسئولية المتبوع

٤٦١ (هـ) مسئولية السيد عن تجاوز تابعه حدود وظيفته

٤٦٤ (و) مسئولية السيد عن فعل تابعي تابعه

٤٦٥ (ز) مسئولية السيد القاصر

(و) التضامن في المسئولية بين السيد وتابعه وجواز توجيه

٤٦٧ دعوى الضمان الفرعية من أولهما الى الثاني

٤٧٣ (ز) مسئولية صاحب العمل عن أعمال المتاول

٤٧٥ (ح) مسئولية الحكومة عن أعمال المتاول

٤٨٠ (ط) مسئولية مالك السفينة عن فقد احد بحارتها

٤٨١ — مسئولية الدولة عن الأضرار الناتجة من الأعمال الواقعة من

٤٨٧ خطر الفيضان

٤٨٩ — مسئولية مالك البناء

ثالثا : المسؤولية المدنية في التقنين المدني الجديد

ونظرية دفع المسؤولية المدنية

- (أ) المسؤولية المدنية في التقنين المدني الجديد — مقالان منشوران
في مجلة التشريع والقضاء ٤٩٥
المسؤولية الخاضعة للقواعد العامة ٤٩٥
المسؤوليات الخاصة ٥٠٨
(ب) نظرية دفع المسؤولية المدنية — ترجمة تلخيص النظرية كما
نشر في مجلة مصر القضائية السنة الخامسة العدد ١٥٨ ٥٢٢
(ج) تقديم النظرية بقلم الأستاذ ليون مازو وتقديرها من أئمة الفقه
المصري والفقه الفرنسي ٥٣٦

القسم الثاني

بحوث وتعليقات على الأحكام

في مسائل أخرى من مسائل القانون المدني

أولا : البحوث

- ١ — قوة المحررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث
الذي يطعن فيها بصورها في مرض الموت ٥٤٣
(أ) القواعد العامة في حجية المحررات ٥٤٦
(ب) القاعدة الخاصة بشأن حجية المحرر العرفي بتاريخه ٥٤٦
(ج) عدم حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير ٥٥٧
(د) الأشخاص الذين يعتبرون من الغير في هذا المعنى ٥٦١
(هـ) الخلف الخاص ٥٦٣
(و) الدائنون الحاجزون ٥٦٣
(ز) الدائن رافع الدعوى غير المباشرة ٥٧٠
(ح) الدائن رافع الدعوى البوصية ٥٧٣
(ط) عرض الخلاف بشأنهما وحسمه ٥٧٧
(ي) أيعتبر وارث المريض مرض الموت غيرا بالنسبة لتاريخ
المحررات العرفية الصادرة من مورثه ؟ ٥٨٣

الصفحة

الموضوع

- (ك) عرض الخلاف وحجج الفريقين وترجيح القول بأن الوارث لا يعتبر من الغير في هذا الصدد ٥٨٩
- تحول الفقه والقضاء أخيراً الى هذا الرأي ٦٠١
- ٢ — نظرية تبعة الهلاك ٦٠٢
- (أ) في العقود الملزمة جانبا واحدا ٦٠٤
- (ب) في العقود الملزمة للجانبين ٦٠٧
- (ج) القاعدة العامة ٦١٣
- (د) تطبيق القاعدة على عقود البيع والتصرف والتوفيق بين النصوص المختلفة في القانونين المصري والفرنسي بالاستعانة بفقه الشريعة الإسلامية ٦١٣
- ٣ — في فضل بعض نظم الشريعة الإسلامية على ما يقابلها من نظم القوانين الغربية ٦١٢
- ٤ — التقنين المدني المصري الموحد (مصادره وخصائصه ودوره في المستقبل) ٦٥٢
- ٥ — بعض ملاحظات واقتراحات متعلقة بنصوص التقنين المدني بمناسبة الشروع في توحيد القانونين المصري والسوري ٦٧٠
- ٦ — القانون المدني العربي الموحد (الامل وكيفية تحقيقه) ٦٨٠
- (أ) قرارات مجلس جامعة الدول العربية ٦٨٠
- (ب) تصنيف دول الجامعة من حيث وضع القانون المدني فيها وبيان تاريخ القانون المدني المعمول به في كل منها ٦٨٢
- (ج) استخلاص اتجاه عام يمكن أن يكون أساسا لتوحيد القانون المدني في الدول العربية ٦٩٥
- (د) ضرورة التزام هذا الاتجاه العام في وضع التقنين المدني العربي الموحد ومتطلباتها ومدى ما يمكن تحقيقه في هذا الاتجاه في المرحلة الحالية ٦٩٨
- (هـ) أسلوب العمل المقترح ٧٠٦

الصفحة

الموضوع

ثانيا : تعليقات على الاحكام

- ١ — هل تعتبر محاسبة أحد المدينين المتضامنين من نصيبه في الدين
تنازلا عن التضامن بالنسبة له ؟ ٧٠٩
- ٢ — دعوى الضمان الفرعية ، ايجوز توجيهها من احد المحكوم
عليهم بالتضامن ضد الآخرين ؟ ٧١٦
- ٣ — اثر الاضراب في نسخ عقد العمل ٧١٨
- ٤ — هل يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطالان حكم نهائى ؟ ٧٢٢
- ٥ — حق رب العمل في اعادة تنظيم عمله بسبب ازمة اقتصادية
وحقه في فصل العامل لهذا السبب ٧٣٠
- ٦ — حق المالك في طلب الاخلاء للهدم واعادة البناء بشكل اوسع ٧٤٢

إبريق للطباعة

مطبعة السلام

١٧ شارع السيد هاشم المتبرع من محل الألبان (مدرسة المليك)
الخلاوي - شبرا
ت ٦٤١٨٣٣

للمؤلف

(أ) كتب متاحة حالياً :

— شرح قانون ايجار الأماكن الطبعة الثامنة الجزء
الثاني سنة ١٩٨٣

— عقد البيع سنة ١٩٨١

— عقد الايجار سنة ١٩٨٥

— أصول الاثبات واجراءاته جزآن سنة ١٩٨١ وسنة
١٩٨٦

— « الوافي » في شرح القانون المدني :

الجزء الأول : شرح الكتاب التمهيدي للتقنين المدني
سنة ١٩٨٧

الجزء الثاني : الالتزامات — المجلد الأول : نظرية
العقد والارادة المنفردة سنة ١٩٨٧

(ب) كتب تحت الطبع والاعداد :

— « الوافي » الجزء الثاني :

المجلد الثاني : في الفعل الضار والمسؤولية المدنية
المجلد الثالث : في الفعل النافع والاثراء بلا سبب
المجلد الرابع : في أحكام الالتزام •

ايريني للطباعة

مطبعة السلام